This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

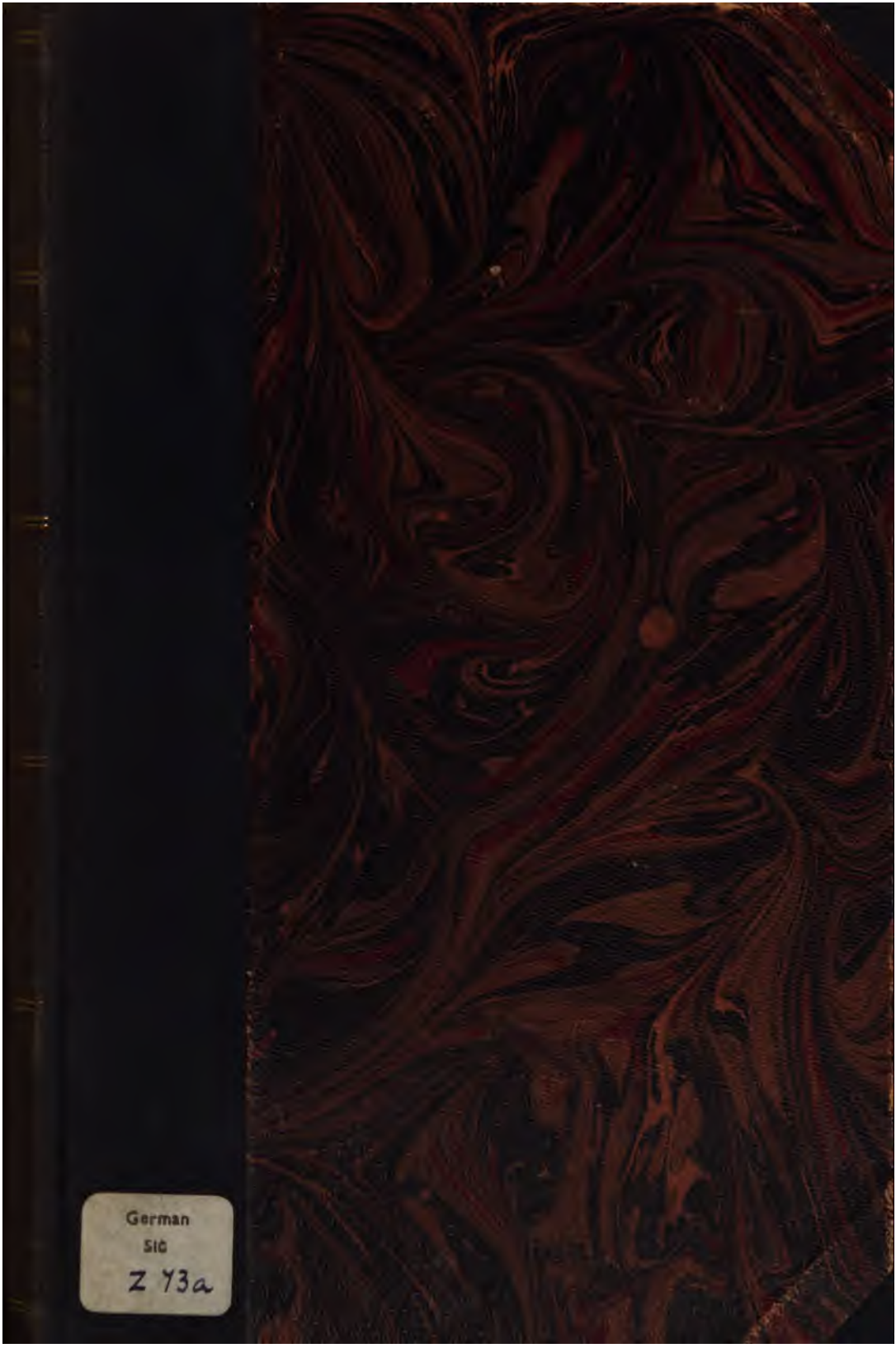
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


German
SIC
Z 73a

DISPOSED OF BY OWNER
A.S.Q.
1437
VILTVS IN OSTIL
LIBER : COLL : OMN : ANIM :
FIDEL : DEFVNCT : IN : OXON :

German
510
Z 73a

Die Lehre

von der

stellvertretenden Negotiorum Gestio.

Mit Beiträgen

zur Lehre von der **Stellvertretung überhaupt,**
von den **Verträgen zu Gunsten Dritter,**
und von dem **Schweben der Rechtsverhältnisse.**

Von

Dr. Ernst Zimmermann,

Professor an der Universität zu Straßburg.

« Naturalis enim simul et civilis ratio suasit
« alienam conditionem meliorem quidem etiam
« ignorantis et inviti nos facere posse, deterio-
« rem non posse. »
(*Gajus*, in L. 38 D. de negotiis gestis [3, 5]).

Straßburg,
Verlag von R. Schultz und Comp.,
Berger-Levrault's Nachf.
1876.

BODLEIAN
13 FEB 1975
D
LAW LIBRARY

BIBL. GODH. COLL. OXON.
DISPOSED OF BY ORDER
A.S.O.

Vorrede.

Das Verhältniß der vorliegenden Schrift zu des Verfassers „ächter und unächter negotiorum gestio“* läßt sich mit wenigen Worten bezeichnen. Letztere Arbeit behandelte die Natur der obligatio negotiorum gestorum, also des inneren, zwischen dominus und gestor bestehenden Rechtsverhältnisses. Die gegenwärtige Schrift dagegen richtet ihr Hauptaugenmerk auf diejenigen rechtlichen Beziehungen, welche die negotiorum gestio zwischen dem dominus und der Außenwelt bewirkt. Solche (unmittelbare) rechtliche Beziehungen treten aber durch die negotiorum gestio, wie bekannt, im Wesentlichen nur dann ein, wenn der gestor nach Außen hin ein Rechtsgeschäft, und zwar im Namen des Prinzipals vornimmt, mit Einem Wort: wenn die negotiorum gestio eine stellvertretende ist.

---

* Gießen, 1873.

Daß nun dieſe „ſtellvertretende“ negotiorum gestio einen beträchtlich größeren Umfang aufweiſt, als die „ächte und unächte“, dafür liegt der Grund nicht nur in der größeren Anzahl der Probleme, welche die vorliegende Materie an ſich bietet, ſondern auch in der, wie mir ſchien unumgänglichen Nothwendigkeit, eine Reihe anderweitiger Rechtsgebiete zu unterſuchen, theils behufs Abgrenzung unſers Gegenſtands, theils weil bei demſelben gewiſſe allgemeinere, weithin reichende Rechtsbegriffe zur Anwendung kommen. Aus dem erſteren Geſichtspunkte bedurfte es namentlich eines näheren Eingehens auf die Verträge zu Gunſten Dritter; aus dem zweiten erſchien es hauptſächlich nöthig, die Stellvertretung im Allgemeinen, ſowie das Schweben der Rechtsverhältniſſe und den demſelben korrelaten Rückwirkungsbegriff zu unterſuchen.

Einem Jeden, der ſich mit den im Vorſtehenden genannten Rechtsfragen jemals ernſthaft befaßt hat, ſind die darin enthaltenen Schwierigkeiten und Gefahren nur zu wohl bekannt; auch weiß er, wie wenig aus dem äußern Umfang des dem Leſer Gebotenen das Maß der aufgewandten Mühe ſichtbar werden kann. Ganz beſonders gilt das von dem zuletzt genannten — vielleicht unſterblichen — Problem, der Frage: „Giebt es eine Rückwirkung, und was iſt ſie?“ — einer Frage, welche die Wiſſenſchaft heute mehr wie jemals beſchäftigt, mehr vielleicht, als ſie ſich Deſſen — vollbewußt iſt.

Es bedarf kaum der Bemerkung, daß der Verfaſſer ſich

nicht vermißt, dieſes und andere Probleme in der vorlie genden Schrift endgültig gelöſt zu haben. Das aber darf er von ſich ſagen, daß er zur Klärung und Förderung jener Fragen beizutragen ſich mit Aufbietung ſeiner vollen und ganzen Kraft bemüht hat. Inwiefern ihm ſeine Abſicht ge- lungen, darüber haben Andere zu entſcheiden. Doch glaubt er ſich wenigſtens zu der Hoffnung berechtigt, daß er zu weiterer Unterſuchung jener — in wiſſenſchaftlicher und praktiſcher Hinſicht — hochintereſſanten Fragen einige Anregung gegeben habe.

Straßburg, den 9. März 1876.

Ernſt Zimmermann.

Erſter Abſchnitt.

Allgemeine Erörterung.

I. Die Stellvertretung.

§ 1. Allgemeine Unterſuchung des Stellvertretungsbegriffes.

Wenige Rechtsinſtitute haben ſich in der neuſten Zeit der wiſſenſchaftlichen Pflege in ſo hohem Grade erfreut, wie die Stellvertretung. Seitdem Buchka's epochemachende Schrift[1]) erſchienen iſt, hat ſich die Forſchung mit unverkennbarer Vorliebe auf ein Gebiet geworfen, welches Jahrhunderte lang entweder vernachläſſigt, oder, wenn zum Gegenſtande der Unterſuchung gemacht, nicht mit unbefangenem Auge, ſondern nur durch die Brille romaniſtiſchen Vorurtheils angeſchaut wurde[2]). Faſt als ob unſer Inſtitut für

[1]) Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Roſtock und Schwerin 1852.

[2]) Auch für die Dogmengeſchichte der Stellvertretung darf das Werk von Buchka als epochemachend bezeichnet werden. Er zuerſt hat in eingehender Darſtellung (S. 121—187) den intereſſanten pathologiſchen Entwicklungsgang der Lehre beſchrieben; er hat gezeigt, wie die Dogmengeſchichte der Stellvertretung, von den Gloſſatoren bis auf unſere Tage, eine Geſchichte der mühevollen Beſtrebungen iſt, ſich in dieſer Materie von den römiſchen, vermeintlich abſoluten, Prinzipien loszuringen. Von beſonderem Intereſſe iſt der Umſtand, daß ſelbſt die Praxis erſt ſeit dem ſiebzehnten Jahrhundert entſchiedene Reaktion gegen die römiſchen Grundſätze machte.

die lange Vernachlässigung und Verkümmerung entschädigt werden sollte, hat in den letzten zwei Jahrzehnten die Doktrin die schwierigen Probleme, welche ihr dasselbe stellt, mit einer ganz besonderen Sorgfalt und Beharrlichkeit zu lösen sich bemüht. Sind diese Bemühungen auch noch weit von der vollkommenen Erreichung ihrer Ziele entfernt, so dürfen sie sich doch schon vieler und schöner Errungenschaften freuen. Man hat bei der Beschäftigung mit unserem Gegenstande die wohlthuende Empfindung, daß hier — wo freilich die Besten mit Hand angelegt haben — nicht, wie bei so vielen andern schwierigen Materien fast unvermeidlich ist, unfruchtbare Sisyphus-Arbeit gethan wird, daß vielmehr Arbeit und Lohn im rechten Einklang stehen. Irre ich nicht, so liegt der Hauptgrund hierfür darin, daß wir bei der Stellvertretung weniger als anderswo auf die Anschauungen und Aeußerungen römischer Juristen oder gar Kaiser angewiesen sind, daß jene Rechtseinrichtung vielmehr wesentlich durch unser einheimisches Gewohnheitsrecht (im Anschlusse an das kanonische Recht) zur Anerkennung und Entwicklung gelangt ist, daß wir daher die Theorie der Stellvertretung zu großem Theil aus Wesen und Zweck des Instituts selbst, m. a. W. aus der Natur der Sache[3])

[3]) So muß die vielumstrittene „Natur der Sache" m. E. aufgefaßt werden; so aufgefaßt, ist aber ihre Macht ganz unbestreitbar. In all' den unzähligen Fällen, wo die auf ein Institut bezüglichen Rechtssätze weder an sich noch in ihrer analogen Anwendung ausreichen, muß die Entscheidung aus der Natur des Instituts als solchen, d. h. aus dessen Wesen, Anlage und (juristischen, wirthschaftlichen, sozialen und ethischen) Zwecken entnommen werden.

Mit Rücksicht darauf, daß die „Natur der Sache" in der Theorie der Stellvertretung ein besonders wichtiges Erkenntnißmittel des Rechts ist, möge es gestattet sein, zur näheren Erläuterung und Bestimmung der auf Erforschung der Natur der Sache gerichteten wissenschaftlichen Thätigkeit noch Folgendes zu bemerken:

1. Unpassend ist zur Bezeichnung jener Thätigkeit der Ausdruck: Anwendung der „Rechtsanalogie". Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß es sich nicht (wie man den Ausdruck „Rechtsanalogie" verstehen könnte) um eine Ausdehnung des bestehenden Rechts, sondern lediglich um eine Entfaltung des Rechts selbst handelt, des Rechts, welches in den Rechtsinstituten schon implicite enthalten, gewissermaßen latent vorhanden ist.

2. Der, ebenfalls beliebte, Ausdruck: „Schließen aus dem Geiste

zu schöpfen haben. Denn je weniger das Gewohnheitsrecht die von ihm anerkannten Institute durch feste und erschöpfende Rechtssätze zu normiren pflegt, um so mehr muß da auf die Natur der

---

des Rechts" ist zwar nicht unrichtig, aber zu unbestimmt: er sagt uns nicht, wo wir den Geist des Rechts im Bedürfnißfalle zu suchen haben. Auch bei der s. g. Gesetzesanalogie (ebenso bei der Ausdehnung einzelner gewohnheitsrechtlicher Sätze) suchen wir den Geist des Rechts zu erfassen. Während wir ihn aber hier aus den einzelnen Rechtssätzen — aus den „praktischen Spitzen des Rechts", wie sie Ihering treffend nennt — zu erkennen suchen, so haben wir, wenn diese Thätigkeit nicht ausreicht, die weit schwierigere Aufgabe, jenen Geist unmittelbar aus den Instituten selbst zu ermitteln.

3. Ganz besonders aber ist darauf hinzuweisen, daß es sich bei der „Natur der Sache" nicht um ein a priori konstruirtes, nicht um ein Naturrecht handelt. Denn jene „Sache", um deren Natur es sich handelt, ist eine **positive** Sache. Die Institute, um deren Beurtheilung es sich handelt, und deren Anlage und Zwecke bei dieser Beurtheilung maßgebend sind, sind **positive**, d. h. von Gesetz oder Gewohnheit gesetzte Institute. Wären sie nicht positiv anerkannt, so wäre der Streit über ihre Natur ein müssiger Streit. Ein Beispiel von weittragender Bedeutung bietet eben unsere Stellvertretung, deren „Natur" uns gerade nur deßhalb und insoweit bekümmert, als das Institut der Stellvertretung bei uns anerkannt ist, die Römer aber darum weit weniger interessirte, weil sie es eben weit weniger anerkannten. Auch ein kasuistisches Beispiel mag hier Platz finden. Die Frage, ob es bei einer Wette dolus ist, wenn Einer bestimmt weiß, daß seine Behauptung richtig ist — eine Frage, die ganz gewiß aus der Natur der Sache, d. h. hier: der Wette, entschieden werden muß — wäre eine müssige Frage, wenn die Wette nicht positiv anerkannt wäre. — Folglich giebt es in der That nur zwei Rechtsquellen: Gesetz und Gewohnheit. Auch das aus der Natur der Sache, d. h. der Institute geschöpfte Recht wurzelt schließlich in einer jener beiden Quellen: es fließt aus den Instituten, diese aber sind geschaffen durch Gesetz oder Gewohnheit.

4. Endlich ist dem Gesagten zu Folge klar, wie es mit der Behauptung bestellt ist, eine dritte Quelle neben Gesetz und Gewohnheit sei die Wissenschaft. Die Wissenschaft ist keine Rechtsquelle. Sie verhält sich der Natur der Rechtsinstitute gegenüber gerade so rezeptiv, wie gegenüber den einzelnen, auf die Rechtsinstitute bezüglichen, durch Gesetz oder Gewohnheit aufgestellten Rechtssätzen. Wie hier die Tragweite der Sätze, so hat sie dort die Natur der Institute lediglich aufzudecken. Freilich würde das Meiste von Dem, Was die Natur der Institute enthält, ohne die Thätigkeit der Wissenschaft gar nicht zu Tage gekommen sein. Allein immerhin bleibt wahr, daß sie jene Natur nicht schafft, sondern

Sache rekurrirt werden; dieselbe hat sich gerade in der Lehre von der Stellvertretung in besonders hohem Maße als ein unentbehrliches Erkenntnißmittel des Rechts bewährt. —

Nicht zum geringsten Theile haben sich die wissenschaftlichen Bemühungen auf die genaue Feststellung des Begriffs der Stellvertretung gerichtet. Von der Menge und Mannigfaltigkeit der aufgestellten Definitionen mögen folgende Anführungen eine Vorstellung gewähren. Man vergleiche:

Savigny, System, Bd. 3 (1840), § 113, S. 90 und 91.

Wächter, württemb. Privatrecht, Bd. 2, § 88, S. 675 — 684 (1851). [S. 676: „Das vom Stellvertreter für die Parthie (den s. g. Prinzipal) geschlossene Geschäft gilt gerade so, als ob der Prinzipal es selbst geschlossen hätte und es ausschließlich das Seinige wäre."]

Buchka, Stellvertretung (1852), S. 202, 203, 206—208, 236, 237.

Brinz, kritische Blätter, Nr. 2 (1852), S. 1 — 35 [S. 4: Stellvertretung ist Vollführung fremder Geschäfte, nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach *)].

Dernburg, in der Heidelberger kritischen Zeitschrift, Bd. 1, S. 1—21, bes. S. 17—21.

---

nur zur Erkenntniß und Verwerthung bringt — dem Bergmann vergleichbar, der das Gold zu Tage fördert und es den menschlichen Zwecken zuführt, ohne es darum zu produziren. Die aus der Natur der Sache geschöpften Sätze gelten daher nicht als subjektive Ansicht des Forschers, sondern nur wenn und soweit sie aus jener Natur mit Recht geschöpft worden sind, also, um den Vergleich fortzusetzen, nur soferne sie wahres und ächtes Gold enthalten. Die in Frage stehende Thätigkeit der Wissenschaft ist also zwar ihre höchste, edelste und vornehmste Thätigkeit; aber sie ist ihrer Grundqualität nach von den übrigen wissenschaftlichen Thätigkeiten nicht verschieden: auch sie ist nicht produktiv, sondern lediglich rezeptiv.

*) Brinz befaßte also damals unter Stellvertretung nicht nur die s. g. unmittelbare St. in Rechtsgeschäften, sondern auch die St. in faktischen Handlungen, ja auch die s. g. mittelbare St. in Rechtsgeschäften, wo also nach Außen hin eine Wirkung auf den Prinzipal nicht direkt, sondern erst durch nachfolgende Rechtsakte eintritt (s. Brinz, S. 6 und 7).

Savigny, Obligationenrecht, Bd. 2 (1853), S. 54—62.

Scheurl in der kritischen Ueberschau, Bd. 1 (1853), S. 315—338. [S. 320: Stellvertretung ist „Vornahme einer juristischen Handlung, welche an sich einem Andern zukommt, mit der Absicht, die derselben eigenthümlichen rechtlichen Wirkungen für den Anderen so hervorzubringen, als ob dieser selbst Urheber der Handlung wäre".]

Ihering, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 1 (1857), S. 273—350. [S. 274: Stellvertretung ist „Abschluß des Geschäfts anstatt und im Namen des Prinzipals".]

Scheurl, daselbst, Bd. 2 (1858), S. 1—34.

Ihering, in demselben Bande, S. 67—180.

Unger, österreichisches Privatrecht, Bd. 2 (1859), S. 129—140, bes. S. 133.

Griesinger, zur Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte (Tübingen 1862), S. 41, Note 2.

Bähr, Jahrbücher für Dogm. Bd. 6 (1863), S. 286—306. [S. 295: „Prokurator, nicht Bote, ist derjenige, welcher dem Dritten in einer Weise gegenübertritt, wodurch er an den Tag legt, daß er durch seine Ausrichtung das Geschäft mit dem Bewußtsein von dessen Wesen und Bedeutung vermittle."]

Laband, in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 10 (1866), S. 183—241. [S. 183, 184: „Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen besteht darin, daß Jemand im Namen eines Anderen mit derselben Wirkung kontrahirt, als hätte dieser Andere selbst kontrahirt."]

Ihering, der Lucca-Pistoja-Aktienstreit, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. Bd. 4 (1867), S. 329 unten und S. 335—344.

Endemann, das deutsche Handelsrecht, 2. Aufl. (1868), S. 130—155.

Lothar Seuffert, die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte (1868), § 11.

Unger, die Verträge zu Gunsten Dritter (1869), S. 61, 62.

Regelsberger, in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 11 (1869), S. 368—371.

Lorenz Hauser, Stellvertretung im Besitze (1870), S. 15, vgl. mit S. 14.

Ruhstrat, in den Jahrbüchern für Dogm., Bd. 10 (1871), S. 208—244.

Schliemann, in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 16 (1871), S. 1—31. [S. 18: „Der Mandatar, der den Mandanten vollständig in Bezug auf den äußeren Kontraktsabschluß vertritt, ist Stellvertreter." Vgl. S. 17: „Wer im Verhältniß zum Dritten als Vertreter eines Andern lediglich in Bezug auf die Erklärung des Kontraktwillens erscheint, ist Bote."]

Schott, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (1873), S. 68—76.

Gareis, die Verträge zu Gunsten Dritter (1873), S. 1—40, bes. S. 14—22 und S. 34—36.

Curtius, die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 58 (1875) S. 69—107, bes. S. 70—78.

Thöl, das Handelsrecht, Bd. 1, erste Hälfte, 5. Aufl. (1875), S. 224—232.

Von den Pandektenlehrbüchern hebe ich heraus:

Mühlenbruch, 4. Aufl. (1844), § 130. [„Stellvertreter ist derjenige, welcher Alles, was bei dem Geschäft wesentlich ist, und namentlich auch den Abschluß desselben, statt des Prinzipals, besorgt."][5])

---

[5]) Mühlenbruch denkt also offenbar nicht nur an Den, welcher auf Namen des Prinzipals, sondern auch an Den, welcher auf eignen Namen handelt; es genügt nach M. der Abschluß in fremdem Interesse. Ganz unzweifelhaft wird diese seine Meinung aus dem unmittelbar vorhergehenden Satz („Insoweit wurde übrigens u. s. w.") und durch § 131, sub a).

Böcking, Pand. des röm. Privatrechts, Bd. 1, zweite Aufl. (1853), S. 350—353. [S. 351 wird das Wesen der „eigentlichen Stellvertreter" darein gesetzt, daß „ihr Wille den vermögensrechtlichen Willen der Parthei vertritt, indem er als Wille dieser gilt".]

Keller, Pandekten, ed. Friedberg (1861), S. 51, 52, 118, 119 [insb. S. 118, wo gesagt wird, „es lasse sich eine zweifache Art denken, in welcher das Ziel der Stellvertretung erreicht werde, nämlich unmittelbar oder mittelbar" — — — — — „Mittelbar so, daß der Stellvertreter nach Außen im eigenen Namen auftrete — — —"].

Puchta, §§ 52 und 53.

Arndts, §§ 76—78.

Brinz (erste Aufl.) S. 1593—1599. [S. 1594: „Stellvertretung ist diejenige Intervention in fremden Rechtsgeschäften, bei welchen der Intervenient das Geschäft erklärtermaßen anstatt eines Anderen, und nur für oder wider diesen verrichtet haben will, und so dann auch mit der Wirkung verrichtet, als ob dieser selbst gehandelt hätte." [6])]

Windscheid (4. Aufl., 1875) §§ 73 und 74. (Er scheidet in dieser neusten Auflage nunmehr den s. g. mittelbaren Stellvertreter aus, behält aber als Fälle wirklicher Stellvertretung zwei bei: „Stellvertretung in der Erklärung und Stellvertretung im Willen" [§ 73, Note 2]).

Baron (1872) § 65 [S. 140: „Stellvertretung. (d. h. anstatt der Personen, welche das Rechtsgeschäft angeht, handeln andere Personen)". Baron befaßt unter diesen „anstatt" des Interessenten „handelnden" Personen nicht nur den „offenen" und „stillen" Vertreter, sondern auch den Boten.] — —

---

[6]) Brinz hat also die in den kritischen Blättern ausgesprochene Ansicht zurückgezogen. Die Fälle des s. g. mittelbaren Stellvertreters in Rechtsgeschäften und der blos faktischen Thätigkeit sind jetzt aus dem Begriffe der Stellvertretung ausgeworfen. — Von der zweiten Auflage des Brinz'schen Pandektenbuches ist die die Lehre von der Stellvertretung behandelnde Parthie bis jetzt noch nicht erschienen.

Wenig ersprießlich nun würde es sein, in eine nähere Darlegung, Zergliederung und Beurtheilung aller oder auch nur der hervorragendsten einzelnen Ansichten einzutreten. Um so weniger, als eine genaue Verfolgung der wissenschaftlichen Bewegung den Gesammteindruck erzeugt, daß, wenn nicht Alles täuscht, eine allseitige Verständigung über den Begriff der Stellvertretung in Aussicht steht. Der Zweck der nachfolgenden Ausführungen ist daher im Wesentlichen der, jene Verständigung zu befördern und zu beschleunigen.

I. Vor Allem muß darauf gedrungen werden, daß von Stellvertretung nur bei Rechtsgeschäften gesprochen werde. Da hierüber jetzt fast allgemeines Einverständniß besteht [7]), so darf ich mich auf folgende Bemerkungen beschränken.

1) Wenn Jemand eine blos faktische Thätigkeit für einen Anderen vornimmt, d. h. eine solche Thätigkeit, wobei es Dritten gegenüber auf gar kein Rechtsgeschäft abgesehen ist, weder auf ein Rechtsgeschäft des Handelnden noch Desjenigen, in dessen Interesse er handelt, so ist der Erfolg dieser Thätigkeit, als ein lediglich faktischer, auch nur durch äußerlich-faktische, also namentlich ökonomische Momente bedingt (vgl. das in Anm. 7 angezogene Beispiel). Blos von solchen, nicht von juristischen Momenten [8]) hängt die Wirkung der Thätigkeit ab. Ist nun aber die Rechtsordnung darauf absolut ohne Einfluß, so hat die Rechtswissenschaft auch keine Veranlassung, die in Rede stehende Vertretung [9]) als einen Rechtsbegriff anzuerkennen. — Rechtliche Bedeutung hat jene Thätigkeit nur bezüglich des etwaigen Obligationsverhältnisses zwischen Handelndem und Prinzipal: hier aber geht die (faktische) Vertretung juristisch

---

[7]) Also auch der vielangefochtene Brinz'sche „Taglöhner, der auf fremdem Boden arbeitet" (Brinz, Kritische Blätter, Nr. 2, S. 5), wohl bald endlich die verdiente Ruhe gefunden haben wird.

[8]) Also namentlich nicht davon, für Wen er handeln will; ebensowenig davon, für Wen er handeln zu wollen erklärt.

[9]) Daß die faktische Thätigkeit in fremdem Interesse eine Stellvertretung, d. h. eine Ersetzung, in faktischer Beziehung ist, kann natürlich nicht bestritten werden.

gänzlich auf in dem Begriffe der, guten oder schlechten, Pflichterfüllung [10]).

2) Bei Delikten ist eine Stellvertretung von rechtlicher Bedeutung zwar logisch sehr wohl denkbar, positiv aber nicht anerkannt [11]).

II. Soll von Stellvertretung bei einem Rechtsgeschäfte gesprochen werden, so muß dieses Rechtsgeschäft (oder wenigstens ein Theil desselben) vom Stellvertreter selbst vorgenommen worden sein, und zwar in der erkennbaren Absicht, die Vornahme durch den Prinzipal (ganz resp. theilweise) zu ersetzen. Zur näheren Bestimmung und Erläuterung dieses Requisites diene Folgendes:

1) Kein Stellvertreter ist der bloße Gehülfe in der Beschlußfassung [12]). Mag dieser seinen Rath mündlich oder schriftlich ertheilen, mag er von noch so wesentlicher Bedeutung für den Abschluß des Rechtsgeschäftes sein — er ist doch immer nur ein Anstoß zu demselben; der Abschluß selbst erfolgt durch den Prinzipal [13]). Selbst wenn der Gehülfe Konzipient ist, also die vorzunehmende Willenserklärung in vollständigem Aufsatze niedergeschrieben hat, gilt Dasselbe; durch die Unterschrift (oder durch die Ab- und Unterschrift) eignet sich der Prinzipal jene Erklärung selber an; auch hier will blos Er, erklärt blos Er, braucht

---

[10]) Würde aber der Handelnde, z. B. der Taglöhner, in dieser Pflichterfüllung durch einen Andern vertreten, so wäre Das möglicherweise juristische Stellvertretung.

[11]) D. h. also: Durch Begehen eins Delikts auf fremden Namen kann nie der rechtliche Erfolg bewirkt werden, als ob der Prinzipal delinquirt hätte: Der „Stellvertreter" wird ungeachtet der Erklärung, daß er auf fremden Namen delinquire, doch als Thäter haftbar; daneben haftet möglicherweise auch der Prinzipal, aber als Anstifter.

[12]) Dieser Ausdruck möchte jedenfalls dem Gareis'schen „Konzipienten" (Verträge zu Gunsten Dritter, S. 4, vgl. auch S. 6) vorzuziehen sein. Der „Konzipient" paßt nur auf gewisse schriftliche Rathsertheilungen. S. das im Text Folgende.

[13]) Unter Prinzipal verstehe ich überhaupt Denjenigen, in dessen Interesse ein Anderer thätig ist — gleichgültig von welcher Beschaffenheit diese Thätigkeit ist.

endlich nur Er willens- und willenserklärungs-fähig zu sein. Erſetzt, erſpart wird ihm juriſtiſch gar Nichts.

Beiſpiele des (bloßen) Gehülfen in der Beſchlußfaſſung ſind: der Advokat (nicht der Anwalt) einer Parthei; der Hülfsarbeiter eines Anwaltes (ſ. g. Stagiaire oder Anwalts-Konzipient); der Unterhändler (Mäkler) [14]).

2) Kein Stellvertreter iſt ferner der bloße Gehülfe in der Erklärung des Willens [15]). Dahin gehören z. B. der Bote, der Briefträger, die allgemeinen Beförderungsanſtalten (Poſt-, Eiſenbahn-, Telegraphenanſtalten); der Dollmetſch; Gerichtsperſon und Notar, wenn ſie zur Abfaſſung von Rechtsgeſchäften freiwillig zugezogen ſind.

In Betreff dieſer Kategorie iſt nun vor allen Dingen

a) Dieſes zu betonen, daß kein unter dieſelbe Fallender in irgend einer Hinſicht Stellvertreter genannt werden kann; denn juriſtiſch allein wollend und erklärend iſt überall der Prinzipal ſelbſt. Im Allgemeinen iſt Das auch allſeitig anerkannt. Speziell aber bezüglich des Boten kommen wir in Konflikt mit Windſcheid [16]), Arndts [17]) und namentlich mit Schliemann [18]). So meint Windſcheid (§ 73, Note 2):

---

[14]) Ich ſehe keinen Grund, aus welchem der Unterhändler in eine beſondere Rubrik zu verweiſen wäre, wie von Gareis (S. 6) geſchieht. Daß jene anderen Perſonen „einen Willensentſchluß ſeiner redaktionellen Faſſung nach oder mit einer intern-geſchäftlichen Motivirung hervorzurufen ſuchen", der Unterhändler aber den Willensentſchluß „lediglich mit Rückſicht auf das ihm bekannte Bedürfnißverhältniß zwiſchen ſeinem Auftraggeber und Deſſen proponirten Kontrahenten" hervorzurufen ſucht, hat doch nur die Bedeutung, daß jene Perſonen nur den Willensentſchluß der Einen Parthei, der Unterhändler aber die Willensentſchlüſſe beider Partheien hervorzurufen ſucht.

[15]) Vgl. zum Folgenden: Ihering, Jahrbücher für Dogm., Bd. 1, S. 274—291; Bähr, daſelbſt, Bd. 6, S. 294—296, 299—303; Laband, Zeitſchrift für Handelsrecht, Bd. 10, S. 189—193; Schliemann, daſelbſt, Bd. 16, S. 1—31; Schott, der obligatoriſche Vertrag unter Abweſenden, S. 68—72; Gareis, die Verträge zu Gunſten Dritter, S. 4—6 (lit. b und c); Windſcheid, Pand., § 73, Note 1 und 2.

[16]) A. a. O. (auch in der neueſten [4.] Auflage).

[17]) Pand., § 76, Anm. 2, lit. a (achte Auflage, S. 105). Arndts ſagt freilich vorſichtig: „höchſtens u. ſ. w."

[18]) A. a. O., S. 4—14, beſ. S. 5 und 11.

„Stellvertretung liegt auch da vor, wo Jemand Organ der Aeußerung eines fremden Willens ist; derselbe ist nur nicht Vertreter in Betreff des Willens, sondern Vertreter in Betreff der Erklärung des Willens" — — — „Ich unterscheide jetzt zwischen Stellvertretung in der Erklärung und Stellvertretung im Willen."

Und Schliemann (a. a. O. S. 5) behauptet:

„Wer sich eines Boten bedient, giebt ihm den Auftrag, statt seiner die zum Abschlusse erforderliche Erklärung an den Dritten zu beschaffen. Durch den Boten erfolgt erst die zum Vertragsabschluß nothwendige Erklärung; der Briefträger [dagegen] überbringt die bereits vom Mandanten selbst beschaffte Erklärung" — — — „Der korrekte Ausdruck für die Ausrichtung der Botschaft ist der: im Auftrage (noch genauer in Vollmacht) des N. N. erkläre ich, daß er Ihre Offerte annimmt" [19]).

Es muß nun aber schlechterdings bestritten werden, daß eine Stellvertretung in der Erklärung möglich ist, ohne daß zugleich eine St. in dem rechtsgeschäftlichen Willensentschluß sich damit verbindet — daß also, wie Windscheid (§ 73, Abs. 2 zu Anf.) meint, „Wille und Erklärung auf verschiedene Personen auseinandergehen", jener auf den Prinzipal selbst, diese aber auf den Boten entfallen könne. Die Unmöglichkeit solcher Spaltung ergiebt sich aus Folgendem.

Die hergebrachte Zerlegung des Rechtsgeschäfts in (Willens- und Willensäußerungs-) Fähigkeit, Willensentschluß und Willensäußerung ist lediglich eine gedachte Sonderung der einzelnen rechtsgeschäftlichen Erfordernisse, nicht eine Unterscheidung von konkret auseinandertretenden Momenten. Mit anderen Worten: jene drei Requisite sind nur drei verschiedene

[19]) Es ist daher nur konsequent, wenn Schliemann (S. 11—13) aufstellt: „Vertritt der Bote den Mandanten in Bezug auf die Erklärung, so muß der Bote auch den Willen haben, die Erklärung zu beschaffen." Schliemann verlangt daher Willensfähigkeit des Boten, aber „Willensfähigkeit des Boten nur in natürlichem, nicht in rechtlichem Sinne." So sei z. B. ein Wahnsinniger unfähig Bote zu sein; dagegen sei ein Irrthum des Boten über die Natur des Rechtsgeschäfts unschädlich.

Qualitäten *desselben* Dinges: des Willensaktes. Das gilt auch von den beiden Momenten des Willensentschlusses und der Willensäußerung. Juristisch *ist* ein *Willensentschluß* nur als ein von dem Wollenden *geäußerter* vorhanden; umgekehrt kann juristisch Nichts *Willensäußerung* einer gewissen Person genannt werden, was nicht Aeußerung eines *eigenen Willens* ist. Eine Vertheilung von Willensentschluß und Erklärung *auf verschiedene Personen* ist daher gerade so unmöglich, wie die Vertheilung von Willensfähigkeit und konkretem Willensentschluß, oder von Willensäußerungsfähigkeit und konkreter Willensäußerung [20]).

Wenden wir das Gesagte auf den Boten an, so ergiebt sich: Da der *Absender* des Boten den rechtsgeschäftlichen Willen hat, so ist auch nur Er rechtlich der *Erklärende*. Er erklärt unter *Beihülfe* des Boten. Die Erklärung beginnt mit der Absendung und wird vollendet mit der Ausrichtung [21]). Der Bote ist dabei blos *Organ* [22]), nicht anders wie die Zunge oder der

---

[20]) Die Unzertrennlichkeit von Willensentschluß und Willensäußerung zeigt sich auch in unserem Ausdrucke „Handlungsfähigkeit": wir verstehen darunter sowohl die Fähigkeit zum Willensentschluß als auch die zur Willensäußerung.

[21]) Blos auf diese *Ausrichtung* kommt es m. E. an. Es ist also weder ein Bewußtsein von der Natur der beabsichtigten rechtlichen Wirkung, noch auch irgend welche, juristische oder natürliche, Handlungsfähigkeit zu erfordern. (Vgl. oben Note 19.) Auch ein Wahnsinniger ist ein, wenn auch sehr unzuverlässiger, so doch ein *fähiger* Bote; es kommt nur darauf an, ob er instruktionsmäßig ausrichtet. — *Nöthig* aber ist *die wirkliche Ausrichtung durch den Boten*. (S. das im Text unter lit. b Folgende.)

[22]) Bei dieser Gelegenheit muß protestirt werden gegen die *Vielfältigkeit* der Bedeutungen, in welchen man das Wort „Organ" gebraucht. Wenn nicht unerträgliche Verwirrung herrschen soll, so darf man unter Organ nie etwas Anderes verstehen, als ein bloßes *Werkzeug*, ein *Mittel* — sei Dies der eigene Körper oder irgend etwas Anderes. Man sollte also namentlich bei dem *Stellvertreter* (physischer oder juristischer Personen) nie von „Organ" reden. Der Stellvertreter ist *selbstwollend*, das Organ dagegen wird von einem (reellen) Willen *in Bewegung gesetzt*. Eine juristische Person *kann* also gar keine „Organe" haben, denn sie hat gar keinen (eigenen) Willen, der solche in Bewegung setzen könnte.

Brief. Der Bote selber ist, weil juristisch nicht der Wollende, juristisch auch nicht der Erklärende.

Die richtige Formel für den Boten ist also nicht die, daß er Stellvertreter in der Willenserklärung ist, sondern die, daß er dem Absender in Dessen Willenserklärung behülflich ist.

b) Dagegen führt uns die Schliemann'sche Abhandlung, wie ich glaube, auf eine Unterscheidung, welche innerhalb der verschiedenen Gehülfen in der Willenserklärung gemacht werden muß.

α) Gewisse Gehülfen sind die gewählten Organe des Prinzipals. Das heißt: Der Prinzipal will seinen Willensentschluß durch diese Personen erklären. Hier haben wir im Zweifel anzunehmen, daß er sich auf die von ihm ausdrücklich bezeichneten Personen (und die von Diesen etwa weiter Beauftragten) beschränken will. Das gilt namentlich vom Boten. Der Absender eines Boten will seinen Entschluß nur durch die Ausrichtung dieses Boten (und, falls der Absender die Substitution nicht verboten hat, der vom ersten Boten etwa Substituirten) erklären. Es genügt also z. B. nicht, wenn der Dritte in den Besitz eines an den Boten gerichteten, den Botenauftrag enthaltenden Schreibens gelangt. (So richtig Schliemann, S. 6 und 12.) Ebensowenig ist es meines Erachtens genügend, wenn ein Anderer, welcher den an den Boten ergangenen Auftrag zufällig mit angehört hat, denselben (ohne vom Boten substituirt worden zu sein) dem Dritten ausrichtet. Der Prinzipal hat seine Erklärung eben nicht einfach in die vier Winde hinausgestreut, damit sie dem Dritten irgendwie zukomme, sondern er hat sich auf den von ihm gewählten Boten (resp. die von Diesem Substituirten) beschränkt[23]).

---

[23]) Natürlich giebt es viele Fälle, wo klar ist, daß dem Prinzipal die Person des Ausrichtenden mehr oder weniger gleichgültig ist, weil er nämlich kein Interesse daran hat, daß die Ausrichtung gerade durch eine bestimmte Person erfolge (z. B. ist dem Gaste, welcher Einem der Kellner eine Bestellung an den Gastwirth aufträgt, in der Regel gleichgültig, Wer diese Bestellung ausrichtet; es würde daher die Ausrichtung auch durch einen andern Kellner [der etwa zugehört hätte] erfolgen können). Immer aber bedarf solche Intention in concreto des positiven Beweises (er mag leicht oder schwer sein): in dubio haben wir auf das im Text ausgesprochene Prinzip zu rekurriren; denn in dubio quod minimum.

β) Es giebt aber auch gewisse Gehülfen in der Willenserklärung, welche nicht selbst die vom Erklärenden gewählten Organe sind, sondern Demselben nur beim Gebrauch der (anderweit) gewählten Organe behülflich sind. — Hier müssen wir es im Zweifel für gleichgültig erklären, welche Person die Hülfe leistet. So z. B. im Falle des Briefträgers. Bei einer brieflichen Willenserklärung ist erwähltes Organ des Erklärenden lediglich der Brief. Daher muß im Zweifel gesagt werden: Sobald er diesen Brief zum Behufe der Uebermittlung aus der Hand gegeben hat — z. B. durch eigenhändige Uebergabe an eine Beförderungsanstalt (resp. Einwerfung in einen Briefkasten), oder durch Einhändigung an einen Andern behufs jener Uebergabe (resp. Einwerfung), oder durch Einhändigung an einen Andern zur Selbstbesorgung an den Adressaten —, so hat die Willenserklärung begonnen, und ist nun gleichgültig, wie der Brief an den Adressaten gelangt (A. M. Schott, Der obl. Vertrag unter Abwesenden, S. 71, 72). Es kommt nur darauf an, daß die Willenserklärung durch das gewählte Organ, den Brief selbst [334a]) an den Adressaten gelangt. Richtig bemerkt daher Schliemann (a. a. O., S. 6): „Gesetzt der Ueberbringer des Briefes käme im Hause des Adressaten an, stürbe aber, bevor er den Brief abgegeben, so würde die Offerte oder das Accept vollkommen wirksam sein, wenn der Adressat das an ihn gerichtete Schreiben fände." Ebenso gültig wäre es m. E., wenn z. B. der Brief verloren gegangen wäre, ein Dritter aber denselben fände und ihn dem Adressaten überbrächte; ebenso, wenn der Adressat selbst den verloren gegangenen Brief fände, u. s. w.

Anders wäre es nur dann, wenn der Absender nachweislich erklärt hätte, er wolle den Brief durchaus nur durch diesen bestimmten Träger besorgt wissen. —

Auf Grund der gemachten Unterscheidung (α und β) läßt sich, wie ich glaube, auch die in neuerer Zeit vielbesprochene Frage entscheiden, ob die Thätigkeit eines Gehülfen in der Willenserklä-

---

[334a]) Es würde also nicht genügen, wenn z. B. Jemand, der den Brief zufällig gelesen hat, dem Adressaten den Inhalt des Briefes mittheilen sollte.

rung eine faktische oder eine juristische Thätigkeit sei. (Vgl. Ihering, Jahrbb. Bd. 1, S. 274 ff.; Unger, österr. Privatrecht Bd. 2, § 90, Note 3; Laband, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 10 S. 191 und 192; Schliemann daselbst Bd. 16 S. 3, 4 und 7; Gareis, Verträge zu G. D. S. 9 und 10.)

Meines Erachtens muß so gesagt werden. Die Thätigkeit des vom Erklärenden zum Organ auserkorenen Gehülfen ist eine juristische, d. h. sie ist geradezu ein Stück der juristischen Handlung: Der Erklärende will ja unmittelbar durch den oder die von ihm beliebten Gehülfen erklären[21]). Dagegen ist von blos faktischer Natur die Thätigkeit desjenigen Gehülfen, welcher dem Erklärenden nur beim Gebrauche der erwählten Organe behülflich ist: dieser Gehülfe bildet kein Stück der juristischen Handlung selbst; er ist kein Glied der prinzipalischen Erklärung, sondern steht außerhalb derselben; er unterstützt resp. ermöglicht sie nur.

Wichtiger übrigens, als die Beantwortung der Frage, ob eine gewisse Thätigkeit als „juristische" oder als „blos faktische" zu bezeichnen sei, scheint es mir, daran festzuhalten, daß der Absender eines (zur Ausrichtung beauftragten) Boten in dubio nur Diesen und die von Demselben Substituirten als Organe erwählt hat — daß dagegen Der, welcher sich eines Briefes behufs Beförderung entledigt, in dubio jede beliebige Art der Beförderung dieses Briefes will.

c) Ein wesentliches Verdienst der Abhandlung Schliemann's erblicke ich in der scharfen Betonung eines Momentes,

---

[21]) Wenn daher Laband a. a. O. S. 191 behauptet: Der Bote, der das Geld aufzählt, der Reitknecht, der das verkaufte Pferd überbringt, leistet lediglich „faktische Dienste", so kann ich Dem nicht beistimmen. Denn 1) im Prinzip muß behauptet werden, daß der Absender die angestrebte Tradition nur mit Hülfe des von ihm abgesandten Boten (resp. dessen Substituten) vornehmen wollte (S. o. Note 23). Hier ist die Thätigkeit des Boten ganz offenbar eine juristische. 2) Selbst aber dann, wenn dem Absender die Person des Ueberbringers nachweisbar gleichgültig ist, so bleibt doch wahr, daß Der, welcher wirklich überbringt, ein vom Absender (wenigstens eventuell) gewolltes Organ seiner Traditionserklärung ist, daß er also juristisch thätig ist, m. a. W. daß seine (wenn auch mechanische) Thätigkeit einen Bestandtheil des Rechtsaktes bildet.

welches vorher viel zu wenig hervorgehoben wurde. [25]) Der Begriff des Boten [26]) wird nicht ausgeschlossen dadurch, daß der Mandant ihm die Entscheidung überlassen hat, ob es zum Rechtsgeschäfte kommen soll, resp. zu welchem Rechtsgeschäfte es kommen soll. Der Spielraum, der dem Boten gewährt ist, kann ganz derselbe sein, wie der einem Stellvertreter gewährte. Wesentlich ist für den Begriff des Boten nur Dieses, daß er nach Außen hin als bloßer Ueberbringer einer fremden Willenserklärung **auftrete** und daß die Instruktion des Boten mit diesem Auftreten übereinstimme. Treffend bemerkt Schliemann (S. 17): „Man muß unterscheiden zwischen der Stellung des Mandatars zum Mandanten und zum Dritten. Im Verhältniß zum Mandanten hat er möglicherweise die Aufgabe, den Kontraktswillen für denselben in der erforderlichen Präcision zu fassen. Aber dem Dritten gegenüber tritt er als Erklärer eines ganz bestimmten Kontraktswillens auf, und Was den Dritten allein interessirt, ist die Frage, ob er zur Erklärung dieses bestimmten Willens bevollmächtigt war, nicht auch, ob die Vollmacht vielleicht auf die Erklärung dieses bestimmten Willens beschränkt war oder weiter reichte." Mutatis mutandis — denn wir erkennen den Boten nicht einmal als Stellvertreter in der Erklärung an, schreiben ihm also keinerlei Vollmacht zu — muß jener Gedanke so ausgedrückt werden. Der Bote tritt dem Dritten gegenüber als bloßes Organ einer fremden Willenserklärung auf. Ob nun dieses Organ willensfähig ist oder nicht, ob es innerlich entscheidende Beschlüsse gefaßt hat oder nicht, all Das ist für die Beziehung zum Dritten ganz gleichgültig; denn der Bote hat sich jedenfalls nicht als wollend manifestirt. Es kann dem Dritten gegenüber nur darauf ankommen, ob der Absender Das, Was der Bote ausrichtet, wirklich durch diesen erklären will, also die Ausrichtung des Boten durch dessen Instruktion gedeckt ist — mag diese

---

[25]) Angedeutet jedoch findet es sich schon bei Laband a. a. O. S. 192 (vv. „als Willen des Auftraggebers").

[26]) Analoges gilt von allen anderen Gehülfen in der Willenserklärung.

Instruktion speziell oder generell sein. Im letzteren Falle will der Prinzipal eben alles Dasjenige durch den Boten erklären, Was derselbe innerhalb seiner Instruktion kundgeben wird: juristisch betrachtet, kann man nicht sagen, daß erst der Bote es ist, welcher einen (präcisen) Kontraktswillen für den Mandanten faßt (wie Schliemann sich ausdrückt) — denn objektiv wird gar kein Kontraktswille des Boten erkennbar — sondern der Bote entscheidet sich (innerlich), ob er die ihm vom Absender anvertraute Willenserklärung, resp. welche der ihm anvertrauten Willenserklärungen er dem Dritten übermitteln will; m. a. W. der Bote will und erklärt auch hier juristisch gar nicht; der Absender will und erklärt selber, nur ohne Präcision [27]); diese Präcision soll erst beschafft werden, dadurch, daß der Bote ausrichtet, resp. durch Das, Was er ausrichtet. Die Ausrichtung ist für die juristische Auffassung eine rein objektive Fixirung der mandantischen Willenserklärung; die rein seelischen Ent- und Beschlüsse des Boten bleiben dabei gänzlich außer Betracht [28]).

Nur bei vorstehender Auffassung — welche mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die objektive Natur der Willenserklärung in unbestreitbarem Einklange steht — ist es m. E. möglich, den vielverhandelten Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter richtig zu bestimmen. Der Stellvertreter hebt sich dadurch vom Boten ab, daß er sich nach Außen hin als selbstwollend **darstellt.** Auch bei ihm ist es also gleichgültig, ob er (innerlich) die Entscheidung, daß das Rechtsgeschäft abgeschlossen werde, erst selber trifft, oder ob der Prinzipal diese Entscheidung schon getroffen hat; ebenso ob er generelle oder spezielle Weisungen hat — nur darauf kommt es an, daß er der Außen-

---

[27]) Daß unpräcise (d. h. alternative oder eventuelle) Willenserklärungen möglich sind, ergiebt sich aus unzähligen Fällen, z. B. aus der Zulässigkeit der traditio in personam incertam.

[28]) Natürlich ist hier abstrahirt von dem Verhältniß zwischen Boten und Mandanten, also namentlich von der Jenem Diesem gegenüber obliegenden Verantwortung.

welt, also bei Verträgen dem dritten Mitpaciscenten gegenüber als selbstwollend **aufgetreten ist**, m. a. W. daß er den objektiv-rechtsgeschäftlichen Entschluß gefaßt und erklärt hat. Jene etwa vorausgegangene Entscheidung des Prinzipals hatte vielleicht ethische, soziale oder wirthschaftliche Bedeutung; diejenige Eigenschaft aber, worauf es uns hier ankommt, die Eigenschaft, Abschluß des Rechtsgeschäfts selbst zu sein, hatte jene Entscheidung nicht.

Mit Recht bemerkt daher schon Laband (S. 190): „Es kann Jemand ein ganz genau bestimmtes Geschäft als wirklicher Stellvertreter eines Anderen abschließen, es kann andererseits der Bote einen freien Spielraum in der Auswahl des anderen Kontrahenten, in der Quantität oder Qualität des Objekts, in der Bestimmung des Preises u. dgl. haben; z. B. es schickt Jemand ein Rezept in die Apotheke ohne dem Boten anzugeben, in welche Apotheke er gehen soll pp.“ [28a]).

Ebenso richtig sagt Schlicmann (S. 15): „Auch dem Boten kann ein Einfluß auf den Inhalt des Vertrags gegeben, ja sogar die Entscheidung der Frage, ob überhaupt ein Vertrag in's Leben treten solle, überlassen sein. Setzen wir den Fall, A hat dem B zwei Pferde zum Kaufe offerirt, ein jedes zum Preise von 100; B giebt dem C den Auftrag, beide Pferde in Augenschein zu nehmen, und in Bezug auf das ihm als passend erscheinende Pferd die Offerte des A in seinem (des B) Namen zu acceptiren“. . . . „Nach der gewöhnlichen Lehre ist der Mandatar hier Stellvertreter“ . . . „Der C kann nur als Bote angesehen werden.“ Diese Entscheidung ist durchaus zu billigen, vorausgesetzt nur, daß sich C dem A gegenüber als lediglich ausrichtend, nicht als selbstbeschließend, dargestellt hat [29]). —

[28a]) Hierbei muß nur vorausgesetzt werden, daß sich der Beauftragte dem Dritten gegenüber als blos ausrichtend manifestirt.

[29]) Für nicht richtig halten kann ich es, wenn Bähr, Jahrbb. für Dogm. Bd. 6 S. 294—296, eine Stellvertretung schon darin findet, daß Jemand „dem Dritten in einer Weise gegenübertritt, wodurch er an den Tag legt, daß er durch seine Ausrichtung das Geschäft mit dem Bewußtsein von dessen Wesen und Bedeutung vermittele“. Das bloße (wenn auch manifestirte) Wissen (welches wohl bei den meisten Manda-

3) Kein Stellvertreter ist ferner Der, welcher in fremdem Interesse zwar selber handelt (also selber will und diesen Willen erklärt), allein nicht statt sondern neben dem Interessenten. (Vergl. Jhering, Jahrb. für Dogmatik Bd. 1 S. 291—311; Scheurl daselbst Bd. 2 S. 3—13; Jhering daselbst Bd. 2 S. 121—149; Laband a. a. O. S. 193, 194; Gareis a. a. O., S. 11, 12.) Dahin gehört:

a) Die Zustimmung eines Berechtigten zu einer (totalen oder partiellen) Verfügung über seine Rechtssphäre, z. B. Einwilligung des Eigenthümers in die Veräußerung oder Verpfändung durch einen Nichteigenthümer.

b) Die Zustimmung einer bevormundenden Person (im weiteren Sinne des Wortes) zu Verfügungen über die eigene Rechtssphäre des Verfügenden. Diese Zustimmung ist entweder geradezu ein Mithandeln: die auctoritatis interpositio[30]) — oder aber ein Zustimmen zu der Handlung: d. h. gewisse Personen sind zwar vollkommen handlungs- d. h. willensfähig, es ist aber zur juristischen Wirkung gewisser Handlungen der (vorausgehende, gleichzeitige oder nachfolgende) Konsens einer anderen Person

---

taren vorliegt) kann für die juristische Qualität einer Thätigkeit nicht maßgebend sein, sondern nur das (manifestirte) Wissen und Wollen. Das bloße Wissen kann höchstens bei Beantwortung der Frage von Einfluß sein, ob bei unrichtiger Ausrichtung der Bote, sei es wegen dolus oder Garantieübernahme, haftbar sei; diese etwaige Haftung macht ihn aber nicht zum Stellvertreter.

[30]) Das Wesen der auct. int. besteht darin, daß sie ein Stück der Haupthandlung selbst ist. Deßhalb mußte sie vom «praesens» tutor «statim in ipso negotio» (§ 2 I h. t. [1, 21], L. 9 § 5 D. eod. [26, 8]) geschehen: Erklärung des Pupillen und Erklärung des tutor sollten juristisch Eine Erklärung bilden, Einen Willensentschluß ausdrücken. Auch daß der tutor «in rem suam auctor fieri non potest» (Ulp. Fragmenta XI, § 24), erklärt sich aus jenem Gesichtspunkt: der tutor sollte nicht sich selbst gegenüber (mit-) handeln können. Dagegen kann der Kurator eines pubes minor recht wohl den Konsens zu einem Geschäft des pubes mit ihm, dem Kurator, ertheilen: die Haupthandlung wird hier auf Seiten des minor von Diesem ganz allein vorgenommen; der Konsens verleiht der Handlung nur die beabsichtigte Wirkung. Vgl. auch Puchta, Pand. § 347 Note k.

erfordert [31]); hierher gehört z. B. der **consensus curatoris**; der Konsens des Hausvaters zu Darlehensaufnahmen des Gewaltunterworfenen; das decretum de alienando des obervormundschaftlichen Gerichts.

4) Noch weniger liegt Stellvertretung, also eine juristische Ersetzung, vor, wenn Jemand neben dem Interessenten nicht handelnd (d. h. wollend), sondern nur wissend, also kenntnißnehmend auftreten muß. Dahin gehört z. B. der Solennitätszeuge, der (nothwendig zugezogene) Notar oder Richter (z. B. bei großen Schenkungen).

5) Kein Stellvertreter ist Der, welcher in fremdem Interesse zwar selbstständig, aber auf eigenen Namen handelt [32]). Denn eben weil er auf eigenen, nicht auf Namen des Prinzipals handelt, erzeugt er die rechtlichen Wirkungen zunächst in seiner eigenen Person; ersetzt er also das Selbsthandeln des Prinzipals nicht, vertritt er m. a. W. nicht dessen Stelle. Daran kann der Umstand, daß er die Activa auf den Prinzipal zu übertragen

---

[31]) Es ist, aus praktischen wie aus theoretischen Gründen, ganz entschieden geboten, diese Fälle der Zustimmungsbedürftigkeit von denen der Handlungsunfähigkeit und von dem der unvollkommenen Handlungsfähigkeit (d. h. der Handlungsergänzungsbedürftigkeit, also dem Falle des impubes genau zu unterscheiden — mag man nun dafür den Ausdruck „unselbstständige Dispositionsfähigkeit" oder, wie ich hiermit vorschlage, „unselbstständige Wirkungsfähigkeit" gebrauchen. Die nähere Begründung gehört nicht hierher; hervorheben möchte ich nur, daß der letztere Ausdruck auf alle betreffenden Fälle paßt, insbesondere auch auf die Konsensbedürftigkeit bezüglich obligatorischer Verträge: Hier ist der Ausdruck „Dispositionsfähigkeit", zum Mindesten unbeholfen; er paßt nur auf solche Rechtsgeschäfte welche über ein schon bestehendes Recht abgeschlossen werden.

[32]) Vgl. hierüber vor Allem die grundlegende Abhandlung von Ihering, Jahrb. Bd. 1, S. 312—350; ferner Scheurl, daselbst Bd. 2, S. 19—34; Ihering, daselbst Bd. 2, S. 70—77; Unger, Oesterr. Privatrecht Bd. 2, § 90, S. 134—136; Laband a. a. O. S. 195—198; Brinz, Pand. S. 1597—1599; Curtius im Archiv für civ. Praxis Bd. 58, S. 75—78; Windscheid, Pand. § 73; Arndts, Pand. § 76, Note 2. S. noch Rudorff zu Buchta's Pand. § 52, Note a; Brinz, kritische Blätter Nr. 2, S. 6 unten, S. 7, 8 und 9 (sub Nr. 1); Ihering, Lucca-Pistoja-Aktienstreit S. 328—330, 335—344; Gareis a. a. O. S. 13, 14.

verpflichtet, die Passiva auf ihn abzuwälzen berechtigt ist, Nichts ändern. Denn Recht und Pflicht des Prinzipals dritten Personen gegenüber entstehen erst durch neue (übertragende oder abwälzende) Rechtsakte: es bleibt immer wahr, daß der Mandatar, Vormund u. s. w. die Stelle des Prinzipals nicht ausgefüllt hatte[33]).

In gewissen Fällen ersetzt freilich der Handelnde einen Andern, in gewisser Beziehung, selbst dann, wenn er ganz auf eignen Namen handelt. So namentlich bei Verfügungen über eine

---

[33]) Was die vielerwogene Frage nach der korrektesten Bezeichnung der in Rede stehenden Person betrifft, so ist 1) festzuhalten, daß sie kein Stellvertreter, also auch kein „stiller" (Siegel), oder „mittelbarer", oder „indirekter" oder „geheimer" Stellvertreter ist. Hiezu bekennen sich neuestens auch Brinz (Pand. S. 1597, 1598 — anders früher Krit. Blätter Nr. 2, S. 7) und Windscheid (Pand., 4. Aufl. [1875], § 73 Anm. 2 — anders in früheren Auflagen). 2) Es muß aber auch Dieses geleugnet werden, daß der Ausdruck „stiller Vertreter" (Brinz, Pand. S. 1598) passender ist. Denn, wenn man fragt, Was oder Wer hier „vertreten", d. h. ersetzt, sein soll, so ist es doch wieder das Selbsthandeln des Prinzipals, und Das ist eben nicht vertreten. 3) Der Gareis'sche Interessenvertreter (s. Verträge zu Gunsten Dritter, S. 14) ist an sich unanfechtbar; denn „Vertreter" will hier nichts Anderes bedeuten als „Beförderer", „Sorgender". Allein „Interessenvertreter" ist auch, ja vor allen Dingen, der Stellvertreter; für den Interessenvertreter also, welcher uns jetzt bekümmert, mangelt uns die charakteristische Bezeichnung abermals. 4) Am Wenigsten passend ist, dem Gesagten zu Folge, der von Ihering vorgeschlagene Ausdruck „Ersatzmann". Wahrer Ersatzmann ist uns gerade der Stellvertreter. 5) Sonach bleibt noch die Scheurl-Unger'sche Bezeichnung „Zwischenperson" übrig. Ich sehe nun in der That keinen stichhaltigen Grund gegen diese Bezeichnung. Ob und wieweit sich die römische «persona interposita» mit der deutschen „Zwischenperson" deckt, Das braucht uns doch wohl nicht zu beunruhigen. Der Ausdruck „Zwischenperson" führt uns jedenfalls anschaulich vor Augen, wie sich ein Anderer zwischen den Prinzipal und den Dritten juristisch einschiebt. Daß der Laie unter „Zwischenperson" oft auch einen Stellvertreter, Boten oder Mäkler versteht, ist nicht zu leugnen, kann aber m. E. darum Nichts verschlagen, weil wir für diese Fälle die genannten drei Ausdrücke als feste juristische Bezeichnungen besitzen, also für keinen dieser Fälle noch ein anderes technisches Wort Bedürfniß ist: die Rechtssprache darf sich unter diesen Umständen doch wohl erlauben, die Bezeichnung „Zwischenperson" für Denjenigen in Beschlag zu nehmen, welchem es sonst an passender Bezeichnung gebräche.

Sache des Andern (vorausgesetzt natürlich, daß eine Legitimation dazu vorliegt).

Es ist nun aber zunächst zu beachten, daß in diesen Fällen höchstens von einer Stellvertretung in einem Theil des Rechtsgeschäfts, nämlich in der Uebertragung resp. Begründung des dinglichen Rechts, nicht in der kausalen Beziehung des Rechtsgeschäfts, gesprochen werden könnte. Denn diese kausale Beziehung entsteht hier in der Person des Handelnden selbst. Verkauft und tradirt z. B. Jemand eine fremde Sache auf eigenen Namen, so bewirkt die Tradition zwar, wenn sie mit Einwilligung des Eigenthümers (oder wenn sie durch Dessen Vormund oder dgl.) geschieht, Eigenthumsübergang, wie wenn der Eigenthümer selbst tradirt hätte; nicht aber entstehen Obligationsverhältnisse, wie wenn der Eigenthümer selbst verkauft und tradirt hätte: diese erwachsen vielmehr, wenigstens zunächst, für und gegen den Handelnden selbst. Aliud est vendere, aliud vendenti consentire (L. 160 pr. D. de reg. jur.), d. h. durch Konsens zu der Veräußerung, welche ein Anderer auf eigenen Namen vorgenommen hat, wird (in obligatorischer Hinsicht) nicht derselbe Effekt hergestellt, als ob der Zustimmende selbst veräußert hätte. — Analoges gilt, wenn A unter Zustimmung des X (oder als Vormund u. s. w. Desselben) Dessen Sache auf eigenen Namen verpfändet. Zwar entsteht Pfandrecht, wie wenn der Eigenthümer selbst verpfändet hätte; allein die Obligationsverhältnisse (aus dem contractus pignoraticius resp. dem pactum hypothecae) erwachsen, wenigstens zunächst, dem Verpfänder, nicht dem Eigenthümer. — [34].)

Allein selbst rücksichtlich der dinglichen Seite der Verfügung darf man hier von Stellvertretung nicht reden. Denn, wie-

---

[34]) In allen solchen Fällen des Verfügens über eine fremde Sache besteht übrigens eine doppelte Möglichkeit. Entweder handelt der Disponirende in eigenem, oder in fremdem Interesse. In letztem Falle muß er die kraft der kausalen Beziehung des Rechtsgeschäfts erworbenen Vortheile auf den Eigenthümer übertragen, resp. hat er Anspruch gegen denselben auf Entlastung von den kraft jener Beziehung für ihn erwachsenen Nachtheilen; im ersten Falle bleibt Vortheil und Nachtheil (wenigstens prinzipiell) auf ihm haften.

wohl der Eigenthümer bezüglich jener Seite durch den Handelnden effektiv ersetzt wird, so hat doch Letzterer die Absicht, Jenen zu ersetzen, nicht manifestirt. Da aber das Wesen eines jeden Rechtsgeschäfts sich nur durch objektiv zu Tag tretende Willensäußerungen bestimmt, so kann auch von Stellvertreter nur dann gesprochen werden, wenn Jemand sich äußerlich als solcher zu erkennen gegeben hat[35]).

6) Weiterhin sind aus dem Begriffe des Stellvertreters auszuweisen diejenigen Personen, welche sich nach Vorschrift des deutschen Handelsgesetzbuchs unter gewissen Voraussetzungen gefallen lassen müssen, daß, wenn sie ein Geschäft auf eigene Rechnung geschlossen haben, dasselbe auf Verlangen gewisser anderer Personen als auf deren Rechnung geschlossen angesehen wird. (S. H.-G.-B. Artt. 56, 59, 97 und 157 — vgl. Laband a. a. O. S. 201—203; Gareis a. a. O. S. 19—22.)

Daß hier keine Stellvertretung vorliegt, ergiebt sich zunächst daraus, daß jene Personen sich nicht äußerlich als Stellvertreter manifestirt haben. Dazu kommt aber, daß sie nicht einmal dem Effekte nach Stellvertreter sind. Denn weder ohne Weiteres noch auf Verlangen der nach jenen Artikeln Berechtigten (des Prinzipals u. s. w.) tritt dieselbe Wirkung ein, als hätten Diese selbst kontrahirt. Forderung und Schuld sind in der Person des Prokuristen u. s. w. zur Entstehung gelangt: folglich braucht sich der Dritte einen neuen Schuldner gar nicht, und einen neuen Gläubiger nur auf dem Wege der Succession in die Forderung des Prokuristen u. s. w. gefallen zu lassen. Mit Nichten kann der Prinzipal durch seinen (einseitigen) Willen die zwischen dem Dritten und dem Prokuristen u. s. w. entstandenen Rechtsverhältnisse vernichten und nagelneue zwischen sich und dem Dritten erschaffen[36]). Mit andern Worten: der Prinzipal kann

---

[35]) Vgl. die Definition von Brinz, Pand. § 367, S. 1594.

[36]) Dies geht auch klar aus der Fassung der Art. 56 und 97 hervor; denn beide sagen nur: auf Verlangen des Berechtigten muß der Prokurist u. s. w. sich gefallen lassen, daß das Geschäft als auf Rechnung des Ersteren geschlossen angesehen werde; nicht: auf Verlangen des Berechtigten muß sich der Dritte gefallen lassen, daß das Geschäft als auf den Namen des Ersteren abgeschlossen angesehen werde.

nur eine Zeſſion der gegen den Dritten erworbenen Forderungen erzwingen; durch die Zeſſion ſuccedirt er in die (vollkommen entſtandene) Forderung des Prokuriſten u. ſ. w.; er muß ſich alle (materiellen) Einwände gefallen laſſen, welche dem Prokuriſten u. ſ. w. entgegenſtehen würden; ehe der Dritte ſichere Kenntniß von dem Forderungsübergang hat, kann er an den Prokuriſten u. ſ. w. noch zahlen oder dergl.; die Succeſſion findet Statt nur in die Forderung, nicht in die Schuld; u. ſ. w. u. ſ. w.

Kurz: der Prokuriſt u. ſ. w. muß ſich auf Verlangen des Prinzipals als Zwiſchenperſon behandeln laſſen.

7) Endlich können als wahre Stellvertreter nicht angeſehen werden der procurator, tutor, curator, actor u. ſ. w. im klaſſiſchen Prozeß. Denn obgleich ſie «alieno nomine» auftraten (Gajus IV § 82), d. h. die intentio auf den Namen des Prinzipals ſtellen ließen, ſo war ihre Abſicht doch nicht die, das Selbſthandeln des Prinzipals wirklich zu erſetzen. Sie ſelbſt wurden dem Dritten gegenüber direkt berechtigt und verpflichtet, der Prinzipal erſt durch beſondere Rechtsakte. In der That waren jene Leute alſo Zwiſchenperſonen[37]).

Nur der cognitor war ein wirklicher Stellvertreter. Die Dirigirung der condemnatio auf ſeine Perſon war eine reine Formalität: die rechtliche Wirkung der Verurtheilung, alſo die actio judicati, entſtand in der That unmittelbar für resp. gegen den Prinzipal (Fragm. vaticana, § 317[38]). Das Weſen eines vollen Stellvertreters zeigt ſich auch in der Fähigkeit des cognitor, die actio des Prinzipals durch Litiskonteſtation gerade ſo gut zu konſumiren, wie der Prinzipal ſelbſt (Gajus IV § 98: — — de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea re non magis amplius actionem habet quam si ipse ege-

---

[37]) Es iſt ſelbſtredend hier abgeſehen von dem Falle, wo der procurator auf eigene Rechnung prozeſſirte.

[38]) Auch beim cognitor ſehen wir natürlich ab von dem Falle, daß er auf eigene Rechnung ſtritt. Vgl. Fragm. vat. § 317 cit. (vv.: «non alias enim cognitor judicati experietur vel ei actioni subjicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit»).

rit)[39]. Daher denn Gajus den cognitor auch unumwunden einen Stellvertreter nennt (IV § 97: «— — — — cum enim certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur»).

Es ist nun bekanntlich höchst zweifelhaft, inwiefern, sei es schon in der klassischen oder doch in der nachklassischen Zeit, eine Gleichstellung des procurator, tutor pp. mit dem cognitor bezüglich der (aktiven und passiven) Zuständigkeit der actio judicati erfolgt ist. Sicher aber ist, daß Gleichstellung jener Personen mit dem cognitor erfolgt ist bezüglich der Konsumtionsmacht (L. 11 § 7 D. de exc. rei jud. [44, 2]): insofern sind sie also jedenfalls zu wahren Stellvertretern geworden.

III. Die für den Begriff der juristischen Stellvertretung bis jetzt aufgezeigten Erfordernisse: daß es sich um ein Rechtsgeschäft handele, und daß der Stellvertreter die Absicht manifestire, die Vornahme desselben durch den Prinzipal ganz oder theilweise[40] zu ersetzen — diese beiden Erfordernisse reichen zur Stellvertretung noch nicht aus. Es ist weiter nöthig, daß die Ersetzung des Prinzipals von jener Ersetzungsabsicht rechtlich abhängt. Sobald dieselbe Wirkung, als ob der Prinzipal gehandelt hätte, eintritt aus anderweitigen rechtlichen Gesichtspunkten, gleichgültig ob jene Wirkung beabsichtigt war oder nicht, sobald m. a. W. diese Wirkung mit einer etwa vorhandenen (und geäußerten) Absicht, den Prinzipal zu ersetzen, in keinem juristischen Kausalzusammenhang steht — so darf von Stellvertretung nicht gesprochen werden.

Das Gesagte ist lediglich eine Konsequenz aus dem Begriffe des Rechtsgeschäfts überhaupt. Bekanntlich gehört zu diesem Begriff vor Allem Dieses, daß der Wille des Handelnden wesentlich ist für die gewollte rechtliche Wirkung, daß also „die Begrün-

---

[39]) Die Konsumtionsmacht des cognitor ist natürlich unabhängig davon, ob er in rem domini oder in rem suam streitet. — Der procurator, tutor u. s. w. scheint bezüglich der actio des Prinzipals keine Konsumtionsmacht gehabt zu haben.

[40]) Ueber theilweise Stellvertretung s. u. Nr. VI und VII.

dung, Erlöschung oder Modifikation des Rechtsverhältnisses bedingt ist durch die darauf gerichtete Handlung". (Wächter, Württemb. Privatrecht Bd. 2, § 83, woselbst auch Beispiele.) Was aber von dem Rechtsgeschäft überhaupt, muß auch von den einzelnen rechtsgeschäftlichen Elementen gelten. Angewandt auf den Begriff der Stellvertretung heißt Das: der vom Stellvertreter beabsichtigte rechtliche Erfolg, d. h. die Ersetzung des Prinzipals, muß durch die darauf gerichtete Absicht des Stellvertreters bedingt sein.

Daher liegt, wenigstens regelmäßig, keine Stellvertretung vor in den Fällen des Rechtserwerbs und der Verpflichtung durch Sklaven oder Hauskinder (Vgl. darüber vor Allem Brinz, Kritische Blätter, Nr. 2, S. 9—18; ferner Buchka, Stellvertretung, S. 8—37; Scheurl, Krit. Ueberschau Bd. 1 S. 317, 318; Unger, Oesterr. Privatrecht Bd. 2, § 90, Note 18; Laband a. a. O. S. 198—201; Gareis, Verträge zu G. D., S. 18, 19; Windscheid, Pand. § 73, Note 2 gegen Ende.). Denn Was

1) die Berechtigung durch den Prinzipal angeht, so erfolgt diese kraft (zivil-) rechtlicher Nothwendigkeit. Für Wen der Sklave oder das Hauskind erwerben wollte, war juristisch gleichgültig. Es liegt hier also selbst dann keine Stellvertretung vor, wenn diese Personen dem Herrn pp. erwerben zu wollen erklären: dieser Wille ist etwas Unerhebliches. (Dagegen ist die Handlung des Sklaven oder Hauskindes — denn sie handeln hier und nicht der Gewalthaber — natürlich maßgebend für den Inhalt des Rechtes, welches Vater oder Herr erlangen; vgl. darüber die beachtenswerthen Ausführungen von Buchka, S. 13—19) [40a]).

[40a]) Nur in Einer Beziehung muß, wie ich glaube, das Vorkommen wahrer Stellvertretung behauptet werden. Wenn, wie ja fast stets der Fall, der Gewaltunterworfene ein peculium hatte, so gehörte dieses bekanntlich zwar nach streng juristischer Auffassung auch dem Gewalthaber, nach der natürlichen Auffassung aber dem Gewaltunterworfenen selbst (vgl. darüber, statt Aller, Brinz a. a. O. S. 9). Man unterschied daher res dominica (paterna) im engern Sinn und peculium (vgl. L. 5 § 4 D. h. t. [15, 1], L. 51 pr. D. de aed. ed. [21, 1], L. 16 § 3 und 4 D. de lib.

2) Unter denjenigen Fällen, wo der Vater oder Herr (jure praetorio) verpflichtet wird, sind vor Allem die actio institoria, exercitoria und quasi inst. auszuscheiden; denn sie setzen kein Gewaltverhältniß voraus [41]). Was aber die Klagen angeht, welche durch solches Gewaltverhältniß bedingt sind, so setzt keine derselben voraus, daß der Gewaltunterworfene auf Namen des Gewalthabers gehandelt habe, beruht also keine dieser Klagen auf dem Gesichtspunkte der Stellvertretung. Am Klarsten ist Das

a) bei der actio de peculio und der actio tributoria. Nicht darauf ist das Gewicht zu legen, daß diese Klagen „ganz vorzüglich gerade für den Fall eingeführt sind, wo der Sklave pp. nicht rem domini gerens, sondern sich, sein peculium im Auge, kontrahirt," (Brinz, Krit. Bl. Nr. 2 S. 10) — denn dabei wäre immer noch denkbar, daß der mit dem Dritten geschlossene Vertrag hätte auf Namen des Herrn pp. objektiv gestellt werden müssen — sondern darauf, daß solches Handeln auf fremden Namen nicht erfordert war. Der Grund der Haftung des Gewalthabers ist nicht Stellvertretung, sondern der Umstand, daß die natürliche Anschauung das peculium als Vermögen des Gewaltunterworfenen ansah. Kurz und treffend frägt Brinz: „Was liegt näher, als daß ein Vermögen für die Schulden Desjenigen hafte, Dem es gehört?" [42])

b) Ebensowenig ist bei der actio de in rem verso eine

---

causa [40, 12]). Wenn nun der Gewaltunterworfene mit Pekuliargeld oder anderen Pekuliarsachen einen Erwerb machte, so geschah das in dubio offenbar in der Absicht, daß dieser Erwerb ebenfalls in das peculium fallen solle, m. a. W. in dubio geschah der Erwerb peculii nomine. Wollte der Gewaltunterworfene dieses Resultat also nicht herbeiführen, so mußte er den Kontrakt ausdrücklich auf den Gewalthaber stellen, also domini (patris) nomine handeln. Hier liegt, wie mir scheint, unwiderstreitbar eine Abhängigkeit der Wirkung von der Handlung vor. Für die streng juristische Auffassung freilich war die Absicht des Gewaltunterworfenen auch hier ganz gleichgültig; für diese Auffassung erwarb der Gewaltunterworfene ja auch Das, Was in's peculium fiel, dem Gewalthaber.

[41]) Sie werden weiter unten (§ 4) zur Betrachtung gelangen.

[42]) Brinz a. a. O. S. 15.

Stellvertretung vorhanden. Sieht man freilich bei diesem Begriff nur auf das subjektive Moment, daß der „Stellvertreter" im Interesse des Prinzipals handeln will, so liegt bei jener Klage allerdings Stellvertretung vor; denn der Hausſohn pp. muß als Mandatar oder neg. gestor des Vaters pp. gehandelt haben (L. 3 § 2 h. t. [15, 3]), entweder sogleich beim Kontrakt oder später (L. 5 § 3 eod.). Es war daher von jenem Gesichtspunkte aus nur konsequent, wenn Brinz (a. a. O. S. 17) bemerkte: „So findet unsere Klage statt, wenn der Sklave pp. schon im Kontrakte selbst, oder doch in der Verwendung des aus dem Kontrakte Empfangenen als Stellvertreter des Herrn gehandelt hat" [43]). Da aber für die Stellvertretung nicht Handeln in fremdem Interesse, sondern Handeln auf fremden Namen wesentlich ist, und da dieses Erforderniß bei der actio de in rem verso nicht besteht [44]), so ist auch diese Klage aus dem Gebiete der Stellvertretung auszuweisen [45]).

c) Am Ehesten könnte man geneigt sein Stellvertretungscharakter zuzuschreiben der actio quod jussu. (Vgl. über diese Klage Vangerow, Pand., § 240 [7. Aufl., S. 446—448], woselbst Relation der verschiedenen Ansichten; dazu vgl. noch Windscheid, Pand., § 482; Brinz, Krit. Bl. Nr. 2 S. 10—12.)

Und in der That würde diese Annahme wenigstens plausibel erscheinen, wenn diejenige Meinung richtig wäre, welche verlangt, und nur verlangt, daß der jussus an den Gewaltunterworfenen ergangen sei, welche also «jussus» mit Befehl

---

[43]) Was Brinz sich hierauf gegen den Gesichtspunkt der Stellvertretung (als den maßgebend gewesenen) selber einwirft, halte ich nicht für erheblich.

[44]) Hierfür genügt der Hinweis auf L. 3, § 1, h t.: «— — — sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit — — —»: wenn hier der Sklave dem Dritten überhaupt irgend eine Mittheilung über die Beziehung des Darlehenskontrakts zu dem dominus gemacht hat, so hat er bemerkt, daß er nicht im Interesse des Herrn, und daß er noch weniger auf Namen des Herrn kontrahire.

[45]) Der wahre Grund der actio de in rem verso findet sich bei Buchka, Stellv., S. 29, 30.

überſetzt (ſo namentlich Buchka, Stellv., S. 33—35); denn exiſtirt, nach dieſer Anſicht, ein jussus, auch ohne daß der Dritte das Geringſte von ihm weiß, ſo liegt dann die weitere Annahme ſehr nahe, daß eine bewußte Beziehung des Dritten zum Gewalthaber wenigſtens durch den Kontrakt ſelbſt hergeſtellt werden müſſe, m. a. W. daß dieſer Kontrakt im Namen des Gewalthabers (wenn auch ohne Mittheilung des jussus) abgeſchloſſen werden müſſe. Denn, daß der Dritte Rechte gegen den Gewalthaber erlangen ſollte, ohne denſelben **irgendwie** in's Auge gefaßt zu haben, wäre nicht nur an ſich ganz beiſpiellos, ſondern wird noch zum Ueberfluß durch klare Quellenausſprüche (L. 1 pr. D. h. t.: ———— nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet»; § 1 J. quod cum eo [4, 7]: «——— scilicet quia qui ita contraxit, fidem domini sequi videtur»; Gajus IV, § 70) direkt widerlegt.

Wir müſſen uns nun aber mit Entſchiedenheit dafür erklären, daß der jussus an den Dritten gerichtet werden muß und nur an ihn gerichtet zu werden braucht, daß alſo «jussus» hier nicht Befehl, ſondern Anweiſung bedeutet [46]).

---

[46]) Häufig wird der Vater den jussus dem Dritten durch den Gewaltunterworfenen ſelbſt zukommen laſſen und auf dieſe Weiſe Letzterer ebenfalls Kenntniß von jussus erlangen. Iſt dem Dritten der jussus aber auf andere Weiſe übermittelt worden, ſo kann vorkommen, daß der Gewaltunterworfene von demſelben gar Nichts erfährt. —

Was den Beweis meiner Anſicht angeht, ſo will ich kein allzugroßes Gewicht legen auf die L. 1 pr. cit.; denn «quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet» konnte Ulpian allenfalls auch dann ſagen, wenn der Hinblick des Dritten auf den Gewalthaber nicht durch den jussus, ſondern durch den (auf Namen des Gewalthabers geſtellten) Kontrakt hervorgerufen worden wäre. Entſcheidend aber für die diesſeitige Anſicht ſind m. E. vorzüglich folgende Gründe:

1) Die Faſſung der Legaldefinition in § 1 J. quod cum eo: «Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit». Nach der jenſeitigen Auffaſſung mußte «a servo» geſagt werden. (Und ſollte es reiner Zufall ſein, einmal daß dieſes «cum servo» in Gajus IV, 70 nicht enthalten iſt, und ſodann, daß aus des Gajus «magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur» in den juſt. Inſtitutionen ſchlechtweg ein «fidem domini sequi videtur» geworden iſt? Soll nicht vielmehr

Ist aber sonach eine bewußte Beziehung des Dritten zum Gewalthaber durch den jussus selbst hergestellt, so ist kein innerer Grund ersichtlich, warum auch beim Kontraktsabschluß auf den Gewalthaber Bezug genommen werden, warum m. a. W. der Gewaltunterworfene das Rechtsgeschäft auf Namen des Gewalthabers abschließen müsse, damit dieser verpflichtet werde.

In der That existirt, so weit ich sehe, keine einzige Stelle, welche das Erforderniß, daß der Gewaltunterworfene auf Namen des Gewalthabers kontrahire, irgendwie statuirt [47]). Mit diesem

---

auf diese beiden Weisen noch deutlicher als bei Gajus, darauf hingewiesen werden, daß der jussus an den Dritten ergeht?

2) L. 1 § 1 D. h. t. wo als Beispiel des jussus geradezu aufgeführt wird: «Quod voles, cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo».

3) L. 3 § 2 D. de in rem verso (15, 3): «Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem». Diese Stelle sagt mit aller nur wünschenswerthen Klarheit, daß, wenn nur ein Auftrag, also eine an den Gewaltunterworfenen gerichtete Erklärung vorliegt, die actio de in rem verso angestellt werden kann, also offenbar nicht die actio quod jussu; denn diese Klage würde, wenn sie zuständig gewesen wäre, die, weit weniger vortheilhaftere, act. de in rem verso überflüssig gemacht haben.

4) Endlich möchte ich noch ein Argument geltend machen, welches dem Prozesse entnommen ist. Dürfen wir nämlich annehmen — und in dieser Annahme scheinen ja Alle einig — daß die Worte «quod jussu» den Formeleingang, also den Anfang der demonstratio bilden, und bedenkt man weiter, daß Subjekt in der demonstratio bekanntlich der Kläger ist (Gajus IV, § 40), so lautet die dem. beispielsweise so:

> Quod jussu N^i N^i Aulus Agerius Sticho, N^i N^i servo, equum vendidit. (Derselben Ansicht: Keller, Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd. 3 S. 194.)

Also: der Kläger hat auf jussus des Beklagten mit Dessen Gewaltunterworfenem kontrahirt. So kann man aber nur dann sagen, wenn der jussus auf irgend eine Weise an den Kläger ergangen ist.

47) Die Streitfrage, ob das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Gewalthabers oder des Gewaltunterworfenen betreffen müsse — eine Frage, die m. E. dahin zu beantworten ist, daß, vom peculium castrense und quasi castrense abgesehen, gleichgültig ist, Wessen Angelegenheiten

Erforderniß fällt aber die Anwendbarkeit des Stellvertretungsbegriffs hinweg.

IV. Der Stellvertreter handelt auf fremden Namen. Er schließt das Rechtsgeschäft ab, nicht der Prinzipal.

Es muß also

1) Verworfen werden diejenige Ansicht, welche den Prinzipal geradezu als Kontrahenten ansieht. (Vgl. Savigny, Obl. Bd. 2 S. 54—60; Dernburg, Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. 1 S. 17—21.)

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist ganz klar in den Fällen, wo der Prinzipal willensunfähig (z. B. infans, furiosus, juristische Person) ist, darüber braucht kein Wort verloren zu werden. — Demnächst klar ist, daß selbsthandelnd ist Der, welcher auf fremden Namen ungerufen, also als negotiorum gestor handelt. Nach der gegnerischen Ansicht müßte der negotiorum gestor als des Dritten Bote aufgefaßt werden, welcher dem Prinzipal eine Offerte des Dritten übermitteln solle, und der Vertrag käme erst dadurch zu Stande, daß der Prinzipal die Botschaft erführe und nun die Offerte acceptirte. D. h. also: Die Thätigkeit des neg. gestor hätte Das, Was sie wollte, nämlich Ersetzung des Selbsthandelns des Vertretenen, gar nicht erreicht; und: der neg. gestor würde in eine gar nicht beabsichtigte Rolle hineingedrängt. Der Dritte könnte also z. B. seine Offerte vor deren Acceptation beliebig widerrufen; die Offerte würde durch den Tod des Offerenten dahinfallen u. s. w. Alle solche mit einer bloßen Offerte verknüpfte Unsicherheit aber will der negotiorum gestor gerade vermeiden: er will den Vertrag statt des Prinzipals abschließen. Was die Partheien noch als Erforderniß betrachten, ist höchstens die (accessorische) Gutheißung des Geschehenen durch den Prinzipal des neg. gestor; die Haupthandlung selbst will Er, der neg. gestor, selber, statt des Prinzipals, vorgenommen

---

im Spiele sind, — diese Streitfrage berührt uns nicht; denn auf keinen Fall wird erfordert, daß der Gewalthaber bei dem Geschäftsabschlusse in Bezug genommen, also daß das Geschäft auf Dessen Namen abgeschlossen worden sei.

haben [48]). — Es bleibt also noch der Fall übrig, daß der Stellvertreter auf Grund einer Willenserklärung des Prinzipals, also auf Grund einer Bevollmächtigung handelt. Hier darf nun auf das oben (sub II, 2, c) Ausgeführte Bezug genommen werden. Wir erblicken also zwar in allen denjenigen Fällen, wo der Mandatar bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes sich blos berichtend gehalten hat, einen bloßen Boten des Mandanten; mag er innerlich Entscheidungen treffen oder nicht. Wenn dagegen der Mandatar bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts sich als selbsthandelnd präsentirt, dann faßt Er statt des Mandanten den juristischen Entschluß: dann ist er Stellvertreter. Gleichgültig ist auch bei ihm, Was er rein innerlich entschieden hat. Auch wenn ihn der Mandant zu einem ganz bestimmten Rechtsgeschäft bevollmächtigt und zugleich zum unfehlbaren Abschluß dieses ganz bestimmten Rechtsgeschäfts beauftragt hat — auch dann bleibt wahr, daß blos der Mandatar das Rechtsgeschäft wirklich abschließt. Jene, wenn auch noch so energischen Impulse des Mandanten sind nur Ursache, daß das Rechtsgeschäft (vom Mandatar) abgeschlossen wird, nicht aber sind sie das Rechtsgeschäft selbst.

2) So wenig wie mit der Ansicht Savigny's und Dernburg's, so wenig können wir uns befreunden mit der Ansicht Thöl's (s. dessen Handelsrecht, 5. Aufl., Bd. 1, S. 224—232 [1875]). Thöl geht zwar davon aus, daß der Stellvertreter kontrahire, meint aber, daß hierin zugleich die Konzentration des **mandantischen** Willens zu einem präcisen Vertragswillen liege. Es existiren nach Thöl zwei Verträge: „In dem Vertragsabschluß des Bevollmächtigten mit Hinweisung auf eine wirkliche und ausreichende Vollmacht liegt, während nur ein Vertrag vorzuliegen scheint, der Abschluß von zwei Verträgen mit dem Dritten. Der Dritte hat zwei Kontrahenten. Um den Einen belangen zu können, muß er sich auf seinen Vertrag mit

---

[48]) Denkt man gar an den stellvertretenden neg. gestor in einem einseitigen Rechtsgeschäft, so würde die Thätigkeit des neg. gestor nach der hier bekämpften Theorie ganz ohne irgend eine rechtliche Bedeutung sein! Denn in diesem Falle würde gar Niemand irgend eine juristische Handlung vornehmen.

dem Andern berufen. Der Vertreter hat kontrahirt, aber für den Vertretenen, und der Vertretene hat kontrahirt vermittelst des Vertreters" (S. 227). Und weiterhin (S. 230): „Der präcise Vertragswille, durch welchen allein der Vertrag entstehen kann und entsteht, ist ursprünglich beim Mandatar, und erst in Folge des fremden präcisen Vertragswillens entsteht in dem Mandanten ein eigener präciser Vertragswille." Und S. 231: „Durch meinen zu einem Vertrag viel zu allgemeinen Willen entsteht ein für einen Vertrag ausreichend konkreter fremder Wille, und erst in Folge dieses fremden Vertragswillens entsteht nun bei mir ein eigener Vertragswille. Der Stellvertreter ist der Erzeuger dieses meines Willens und nicht der bloße Träger dieses meines bei Ertheilung der Vollmacht noch gar nicht vorhandenen Willens."

Hierüber ist Folgendes zu bemerken.

In den Fällen, wo der Mandatar sich dem Dritten gegenüber blos berichtend verhält, da ist er bloßer „Träger" des mandantischen Willens, also bloßer Bote selbst dann, wenn ihm vom Mandanten die wichtigsten (inneren) Entscheidungen überlassen worden sind (s. o.). Hier kann man sagen, daß der noch unpräcise Wille, die noch unpräcise Erklärung des Mandanten ihre Präzision durch den Mandatar erhalten; hier hat ihm der Mandant diese Präzisirung anvertraut. Hier schließt aber, juristisch betrachtet, eben auch nur der Mandant den Vertrag ab.

Dagegen in den Fällen, wo der Mandatar dem Dritten selbsthandelnd gegenübertritt, wo er also (sei es in mehr oder weniger präciser Weise bevollmächtigter) Stellvertreter ist, da ist Er und nur Er der Handelnde. Der Mandant will ja den Vertrag gerade nicht selber schließen; er will vielmehr in dem Abschluß vertreten werden. Hat also der Mandatar z. B. auf Grund einer allgemein gehaltenen Bevollmächtigung wirklich kontrahirt, so ändert sich dadurch der „allgemeine" Wille des Mandanten nicht im Geringsten. Er bleibt, Was er war: eine (allgemeine) Bevollmächtigung zu kontrahiren, er verwandelt sich nicht nachträglich in einen eigenen Vertragswillen. Daran ändert sich auch dann Nichts, wenn der Mandant vom abgeschlossenen Vertrag erfährt. Er erfährt dann eben nur, daß der von ihm durch die

allgemeine Bevollmächtigung gegebene Anstoß zum Kontrahiren erfolgreich war. Der Mandant hat den Kontrakt hervorgerufen, aber er hat ihn nicht geschlossen. So sehr die rechtlichen Wirkungen, die der abgeschlossene Vertrag für und gegen den Mandanten hat, durch seine Vollmachtsertheilung bedingt sind, so bildet dennoch für den Kontraktsabschluß selbst diese Vollmachtsertheilung lediglich ein Motiv. — Ist der Kontrakt vom Stellvertreter auf Grund einer speziellen Bevollmächtigung abgeschlossen worden, so steht die Sache gerade so. Denn daß dem Stellvertreter hier weniger Erwägungen anheimgegeben worden sind, ist für die juristische Beschaffenheit des Vertrages selbst ganz gleichgültig. Den juristisch entscheidenden, den rechtsgeschäftlichen Entschluß hat auch hier nur Er gefaßt. Quamquam (ad hoc negotium) compulsus, tamen (ipse) voluit.

Und wie stünde es nach Thöl im Falle der stellvertretenden negotiorum gestio? Soll hier der maßgebende Vertrag erst dann existiren, wenn der Prinzipal den Kontraktsschluß des Stellvertreters erfahren und ratihabirt, m. a. W. wenn er (im Sinne der Thöl'schen Theorie gesprochen) die vom Dritten an ihn, den „zweiten" Kontrahenten, gerichtete Offerte acceptirt hat? Denn vorher kann doch von irgend einem Kontraktswillen des Prinzipals gar keine Rede sein. Nun wird aber vielleicht Thöl selbst es anstößig finden, daß der Dritte jene (angebliche) Offerte sollte beliebig widerrufen können, bis die (angebliche) Acceptation durch den Prinzipal erfolgt; daß ferner jene „Offerte" durch Tod des Dritten erlöschen sollte u. s. w. Also ist vielleicht doch auch nach Thöl der „andere", fertige, nämlich der vom Stellvertreter geschlossene Vertrag der juristisch maßgebende, also namentlich Tod oder Widerruf des Dritten unschädlich machende? Dann erweist sich aber jener zweite, dem Prinzipal vom Dritten offerirte Vertrag zum Mindesten als ein juristischer Luxus. Meines Erachtens nun beabsichtigt der Dritte solchen Ueberfluß keineswegs: er kontrahirt blos mit dem Stellvertreter. Was Seitens des Prinzipals noch aussteht, ist nicht Acceptation, also ein Stück des Vertrags selbst, sondern Ratihabition d. h. ein einseitiges, den geschehenen Vertragsabschluß billigendes Rechtsgeschäft.

Möglicherweise ist Thöl mit den eben über die stellvertretende negotiorum gestio Gesagten ganz einverstanden. Es ist aber nicht begreiflich, warum die prinzipielle Lage der Sache eine andere dann sein soll, wenn der Stellvertreter nicht neg. gestor, sondern Mandatar ist: warum nicht auch dann Vertragsschließender nur der Stellvertreter, der Prinzipal aber nur accessorisch handelnd ist.

Endlich: wie soll der Vertreter einer willensunfähigen Person einen präcisen Vertragswillen des Prinzipals beschaffen?

3) Wir sind also der Ansicht, daß der Stellvertreter selbst und nur Er das Rechtsgeschäft abschließt (so auch Buchka, Stellv. § 19 und § 21; Laband a. a. O. S. 183—187; Jhering, Geist des R. R. § 53; Regelsberger, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 368, 369; Gareis a. a. O. S. 14—18; Curtius a. a. O. S. 70). Nur ein anderer Ausdruck für denselben Gedanken ist es, wenn man sagt: es sei der Prinzipal „vermöge rechtlicher Fiktion als der Kontrahent anzusehen" (Buchka S. 236). Denn Das heißt nichts Anders als: der Prinzipal ist in der That nicht der Kontrahent; es tritt nur derselbe Erfolg ein, als hätte er selbst kontrahirt. Was den Prinzipal wirklich und wahrhaft trifft, Das sind nur — und zwar blos in der Regel; s. V — die rechtlichen Wirkungen des Geschäfts [49]).

Es muß aber darauf gedrungen werden, daß eine jede Formulirung vermieden werde, welche die Vorstellung, daß der Prinzipal der Handelnde sei, doch wiedererwecken kann. Als solche gefährliche Formulirung muß schon jene Fiktion angesehen werden. Ebenso die Aufstellung Laband's a. a. O. S. 187: „Der Kontraktswille erzeugt sich in der Person des Vertreters, allein dieser Wille gilt rechtlich als der Wille des Vertretenen." (Aehnlich Windscheid, Pand. § 73; Gareis a. a. O. S. 15.) Durch derartige Wendungen wird, wie gesagt, leicht die

[49]) Es müssen daher die Erfordernisse der juristischen Wirkung nach der Person des Prinzipals, dagegen die Erfordernisse der juristischen Handlung nach der Person des Stellvertreters beurtheilt werden. Vgl. die trefflichen Bemerkungen von Laband S. 226—229.

Ansicht erregt, daß doch juristisch eigentlich der Vertretene das Rechtsgeschäft abschließe — woraus denn weiter gefolgert werden könnte, daß die Erfordernisse der juristischen Handlung sich nach der Person des Prinzipals bestimmen; eine Folgerung, gegen welche grade Laband vor Allen protestiren würde (vgl. oben Note 49). — Ebenso muß der Ausdruck „Willens-Organ" (Laband daselbst), so üblich er ist [50]), verworfen werden (s. oben. Note 22): „Organe" setzen eine reell wollende Person voraus, von welcher sie in Thätigkeit gesetzt werden; jene Person handelt, nicht das Organ. Willensunfähige Personen können also gar keine (Willens-)Organe haben, und auch willensfähige Personen haben, wenn sie einen Stellvertreter haben, kein bloßes „Organ".—[51])

V. Da es, in Gemäßheit des eben Ausgeführten, räthlich ist, in der Definition der Stellvertretung den Ausdruck Fiktion oder dergl. zu vermeiden, so scheint sich als passendste Formulirung darzubieten diejenige Ihering's, Geist des R. R., § 59: „Die wahre, ächte Stellvertretung beruht auf einer Trennung der Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft; die Ursache: die Handlung fällt auf die Person des Stellvertreters, die Wirkung: das Recht auf die des Repräsentirten; sie schließt also eine künstliche Spaltung dessen in sich, Was bei der natürlichen Gestalt des Verhältnisses Eins ist." Diese Formel scheint sich um so mehr zu empfehlen, als sie geradezu ein geflügeltes Wort der Jurisprudenz geworden ist, und mehr und mehr in das allgemeine Bewußtsein eindringt [52]).

---

[50]) Irre ich nicht, so ist es auch hier, wie so oft, die Autorität Savigny's, welche diesem unzutreffenden Ausdruck als Grundlage dient. Vgl. dessen System, Bd. 3 S. 90, 91.

[51]) Geradezu für unrichtig aber muß es erklärt werden, wenn Laband S. 186 die Stellvertretung dahin charakterisirt, daß „sich Jemand den Zwecken des Andern dergestalt hingiebt, daß in seinem Willen der Wille des Andern zur Entstehung und Erscheinung kömmt." Nach den bisherigen Erörterungen würde eine Widerlegung nur in unnöthigen Wiederholungen bestehen können.

[52]) Eine anschauliche Versinnlichung der „Trennung von Ursache und Wirkung" giebt Regelsberger (Krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 11 S. 368, 369): „Der Funke, welcher durch die Handlung des Vertreters erzeugt wird, springt über auf die Person des Vertretenen."

In der That nun trifft es für die meisten Fälle völlig zu, daß der Stellvertreter handelt, daß aber die juristischen Wirkungen, Entstehung, Aufhebung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen sofort in der Person des Vertretenen zu Stande kommen. Ich bin der Letzte, welcher ein solches Auseinanderfallen von Ursache und Wirkung auf verschiedene Personen für „unmöglich", „unlogisch" oder dergl. ansieht; ich bin fest überzeugt, daß die Bedenken, welche der rechtlichen Anerkennung solcher Spaltung allenfalls entgegengesetzt werden können, ethische, soziale und äußerlich-praktische, nicht aber logische Bedenken sind [53]).

Dagegen ist aber darauf hinzuweisen, daß die Wirkung, welche beabsichtigt ist, nicht in allen Fällen in der Person des Vertretenen zu Stande kommen soll. Nämlich dann nicht, wenn die Handlung, in welcher er vertreten wird, auch dann, wenn er sie selber vorgenommen hätte, in seiner Person die rechtliche Wirkung nicht erzeugt hätte. Dahin gehören namentlich die Fälle, wo er im Konsense, in der auctoritatis interpositio oder in der Stellvertretung selbst vertreten wird [54]). In allen diesen Fällen bleibt die Formel richtig, daß dieselben Wirkungen eintreten sollen, wie wenn der Vertretene selbst gehandelt (konsentirt, auktorirt, vertreten) hätte. Allein diese Wirkungen sind nicht Rechte, Pflichten, Befreiungen u. s. w. des Vertretenen, sondern Rechte, Pflichten, Befreiungen u. s. w. Desjenigen, in Dessen Interesse der Vertretene, durch Konsens, auctoritas oder Stellvertretung hätte thätig werden sollen [55]).

---

[53]) So viel Gutes und Wahres über diesen Punkt in neuerer Zeit auch gesagt worden ist, so ist doch die Idee, als ob bei Obligationen nach absoluten und ewigen Grundsätzen der Logik Stellvertretung (und Uebertragung) unmöglich sei, in ihrer gänzlichen Unhaltbarkeit m. E. nirgends klarer und schärfer widerlegt worden, als in den Bemerkungen von Brinz, Krit. Bl. Nr. 2 S. 33, 34 — kurze, aber körnige und schlagende Bemerkungen, von welchen man denken sollte, daß sie jene Idee ein für alle Mal beseitigt haben müßten.

[54]) Ich sehe durchaus keinen Grund, warum nicht wenigstens nach heutigem Recht, welches die Stellvertretung ja prinzipiell anerkennt, dieselbe auch in den im Text genannten Anwendungen zulässig ist (Vollmacht natürlich vorausgesetzt).

[55]) Wenn z. B. ein Minderjähriger eine Sache verkauft hat, und

Immerhin aber scheint in diesen Fällen wahr zu bleiben, daß die rechtlichen Wirkungen nicht in der Person des *Handelnden*, sondern eines *Andern* eintreten sollen; die Formel „*Trennung von Ursache und Wirkung*" scheint noch aufrecht zu stehen. Allein, da die Wirkung, wie wir eben sahen, bald in der Person des Vertretenen, bald aber in der Person eines Dritten (Pupill, minor, Prinzipal des Vertretenen) zu Stande kommen soll, jene Formel uns aber keinen Aufschluß darüber giebt, in *wessen* Person in den einzelnen Fällen die Wirkung eintreten solle, so ist die Formel jedenfalls *unbestimmt*.

Sie ist aber auch nicht einmal absolut *richtig*. Denn es giebt Fälle, *wo bei der Stellvertretung gar keine Trennung von Ursache und Wirkung vorliegt*: dann nämlich, wenn Jemand Stellvertreter seines eigenen Stellvertreters ist [56]).

---

nun X im Namen des Kurators (sei es in Gemäßheit geschehener Bevollmächtigung oder unter nachfolgender Ratihabition) zu jenem Verkaufe seinen Konsens ertheilt, so treten die Wirkungen des Verkaufes nicht in der Person des (vertretenen) Kurators, sondern in der Person des Minderjährigen ein. — Oder: wenn S^1 Bevollmächtigter des D ist, und S^2 verkauft in (gerufener) Vertretung des S^1, *als des Bevollmächtigten des D*, eine Sache, so treten die Rechte und Pflichten aus dem Verkauf nicht in der Person des S^1, sondern des D ein. Ebenso ist es in den unzähligen Fällen, wo ein Beamter durch einen andern vertreten wird. Die Rechte und Pflichten entstehen hier nicht für und gegen den vertretenen Beamten, sondern für und gegen *Dessen* Prinzipal (Staat, Gemeinde u. s. w.). Ferner denke man an die Vertretung eines Anwalts durch einen andern Anwalt; an die Vertretung eines Anwalts durch seinen Stagiaire (Konzipienten) — vorausgesetzt natürlich, daß dieser nicht bloße, der Unterschrift des Prinzipals bedürftige *Entwürfe* macht, sondern daß der Prinzipal ihm überlassen hat, eine gewisse, schriftliche oder mündliche, Handlung *selbstständig vorzunehmen*.

[56]) Ein solcher Fall ist mir in meiner eigenen Praxis vorgekommen. Opp., welcher als Stagiaire bei Anwalt Os. beschäftigt war, wurde beim Stadtgericht Darmstadt mit einer Wechselklage belangt. Opp. bestellte nun den Os. zu seinem Anwalt, und erschien hierauf in seiner Eigenschaft als Stagiaire Desselben vor Gericht. Opp. vertrat also den Os. als den zu seiner eigenen. des Opp., Vertretung Gerufenen. Natürlich entstanden die Wirkun- prozessualischen Handlungen des Opp., insbesondere das Prozeß- ultniß, lediglich in der Person des handelnden Opp. *selbst*.

Unfehlbar wahr bleibt in **allen** Fällen Dieſes, daß die Handlung des Stellvertreters dieſelben Wirkungen erſtrebt, welche zu Stande gekommen ſein würden, wenn der Vertreter ſelbſt gehandelt hätte. M. a. W.: in **allen** Fällen will der Stellvertreter das Selbſthandeln des Vertretenen erſetzen.

Sonach bewährt ſich der, von uns ſchon öfter gebrauchte Ausdruck: „Handeln in der erkennbaren Abſicht, das Selbſthandeln eines Andern zu erſetzen" als derjenige, welcher das Verhältniß mit aller wünſchenswerthen Genauigkeit und Nüchternheit, namentlich ohne Fiktion, bezeichnet. Und wenn man ſtatt jener Formel die andre gebraucht: „Handeln in der erkennbaren Abſicht, dieſelben Wirkungen hervorzubringen, wie wenn ein Andrer ſelbſt gehandelt hätte, ſo dient dieſe fiktiviſche Definition nur zur beſſeren Veranſchaulichung, und erweckt keinerlei Mißverſtändniſſe, namentlich nicht das, als habe der Vertretene wirklich gehandelt[87]).

VI. Stellvertretung kann ſtattfinden im ganzen Rechtsgeſchäft oder nur in einem Theile deſſelben. Mit Unrecht wird Letzteres von Schliemann beſtritten (a. a. O. S. 21: „— — — Der Stellvertreter vertritt den Vollmachtgeber ganz in Bezug auf den äußeren Abſchluß des Kontrakts — — —"; S. 25: „Der Stellvertreter vertritt den Mandanten vollſtändig beim Kontraktsabſchluß, vollſtändig in Bezug auf den äußeren Abſchluß des Kontrakts und in Bezug auf den Willen"). U. E. iſt nicht einzuſehen, warum unmöglich ſein ſoll

1) Eine Stellvertretung blos in der Stellung der Offerte. Es kann z. B. ſehr wohl vorkommen, daß Mandant den Mandatar zwar bevollmächtigt, eine Offerte an den Dritten zu ſtellen, nicht aber deſſen Acceptation entgegenzunehmen. Er kann Gründe haben, die ihm die Selbſtentgegennahme der Acceptation wünſchenswerth erſcheinen laſſen (namentlich kann er wün-

---

[87]) Dieſe zweite Formel (welche ſich am korrekteſten bei Laband a. a. O. S. 183, 184 findet) enthält eine derjenigen Fiktionen, welche Ihering (Geiſt des R. R. § 58) dogmatiſche, Unger (Jahrbb. für Dogm. Bd. 10, S. 9, Note 12) theoretiſche Fiktionen nennt. Von dieſen Fiktionen ſagt Unger treffend: „Sie erklären mittelſt Vergleichung und erleichtern hierdurch die Darſtellung und Auffaſſung."

ſchen, keinen Augenblick in Unkenntniß des erfolgten Vertragsabſchluſſes ſich zu befinden). Man wende nicht ein, der Mandatar ſei hier bei der Stellung der Offerte nur Bote. Denn ſo oft ſich ein Mandatar dem Dritten gegenüber als ſelbſtwollend, als ſelbſtbeſchließend darſtellt, iſt er — nach dem früher Ausgeführten — nicht Bote, ſondern Stellvertreter; ob er nun blos offerirt, oder ob er außerdem noch die Acceptation entgegennimmt, iſt nur ein quantitativer, nicht aber ein qualitativer Unterſchied. Auch wenn der Stellvertreter nur offeriren ſoll [58]), kommt es doch auf ſeinen Entſchluß, auf ſeine Handlungsfähigkeit pp. an; während es im Falle der Abſendung eines Boten auf den Entſchluß, die Handlungsfähigkeit u. ſ. w. des Abſenders, bezüglich des Boten aber nur darauf ankommt, daß die erfolgte Ausrichtung durch ſeine Inſtruktion gedeckt iſt (ſ. oben II, 2, c). — Wenn der Mandant den Mandatar zum Abſchluß des ganzen Rechtsgeſchäfts bevollmächtigt hat, ſo werden wir zwar als Regel aufſtellen dürfen, daß die Acceptation an den Stellvertreter geſchehen muß, um gültig zu ſein (ſ. Schliemann a. a. O. S. 28, 29). Denn der Mandant hat den Dritten bezüglich des Vertragsabſchluſſes an den Mandatar gewieſen [59]). Allein in vielen Fällen wird leicht klarzuſtellen ſein, daß es dem Mandanten abſolut gleichgültig iſt, ob die Acceptation an den Stellvertreter oder an ihn ſelbſt geſchieht. Natürlich bedarf Das immer des poſitiven Nachweiſes. Iſt dieſer aber erbracht, die an den Prinzipal geſchehene Acceptation alſo als gültig erkannt, ſo bleibt doch immer wahr, daß Stellvertretung in der Stellung der Offerte vorgelegen hat.

---

[58]) Es verſteht ſich hier übrigens, daß der Dritte bei der Uebermittlung der Acceptation an den Mandanten ſich des Mittelsmannes als (ſeines) Boten bedienen kann.

[59]) Das Intereſſe, welches der Mandant daran haben kann, daß der Vertrag gerade mit dem Mandatar (vollſtändig) abgeſchloſſen werde, wird klar, wenn man z. B. an die vielen Fälle denkt, wo der Mandant den Mandatar beauftragt hat, falls die Acceptation geſchehen ſei, ſofort in irgend einer Weiſe weiter thätig zu werden (z. B. das Gekaufte weiter zu verkaufen): hier widerſpricht es der Abſicht des Mandanten gewiß, daß die Acceptation an ihn ſelbſt ſollte geſchehen können.

2) Noch weniger ist die Möglichkeit zu bezweifeln, daß eine Stellvertretung blos in der Acceptation vorkommt: in welchem Fall also die Offertestellung an den Prinzipal selbst erfolgt war. Es kommt gewiß täglich vor, daß die an einen Kaufmann gestellte Offerte von seinem Bevollmächtigten (z. B. Prokuristen) acceptirt wird, durch Dessen (gefaßten und geäußerten) Willensentschluß. Und in der That hat der Offerent gar kein vernünftiges Interesse daran, ob der Oblat selbst oder ein von ihm Bevollmächtigter acceptirt [60]).

Dagegen braucht sich der Offerent nicht gefallen zu lassen die Acceptation durch einen stellvertretenden negotiorum gestor des Oblaten. (Vgl. Regelsberger, Vorverhandlungen S. 87.) Denn es entstünde dadurch die rechtliche Situation, daß der Offerent seine Offerte, weil sie nun acceptirt wäre, nicht mehr widerrufen könnte; er müßte nun, wenn auch nur eine gewisse Zeit lang, abwarten, ob der Oblat die geschehene Acceptation ratihabire. (S. u. § 19.) Darum sagt Regelsberger a. a. O. mit Recht: „Es scheint mir unbestreitbar, daß gegen den Willen des Antragenden die unbeauftragte (muß heißen: „unbevollmächtigte") Einmischung eines Dritten seine Lage nicht verschlimmern kann; er hat das Widerrufsrecht nach wie vor; die nachträgliche Genehmigung des Anerbotenen wäre die Annahmeerklärung selbst und darum ganz nach den hiefür geltenden Grundsätzen zu beurtheilen." — Hat sich aber der Offerent die Acceptation des negotiorum gestor gefallen lassen, dann liegt die Sache grade so, wie wenn der ganze Vertrag mit dem stellvertretenden negotiorum gestor geschlossen worden wäre. Es kommt dann also zur Anwendung der von uns später näher zu erörternden, für solche Vertragsschließung maßgebenden Prinzipien.

VII. Stellvertretung ist nicht nur möglich in dem rechtsgeschäftlichen Handeln, sondern auch in der Entgegennahme gegnerischer Willensäußerungen. Hierauf aufmerksam gemacht zu haben, ist eines der vielen Verdienste Schliemann's. (Vgl. dessen mehrangef. Abhandlung S. 26—29; unzutreffend

---

[60]) Die nähere Erläuterung dieses Punktes würde zu weit führen.

ist nur, daß derselbe die Fälle, wo sich die Thätigkeit des Stellvertreters auf jene Entgegennahme beschränkt, nicht als Stellvertretung anerkennen will [in Gemäßheit seiner oben berichteten Ansicht, daß der Stellvertreter den Prinzipal stets im ganzen Abschluß des Vertrages vertrete].)

1) Stellvertretung lediglich in der Entgegennahme der Offerte (so daß also der Prinzipal die Acceptation sich selber vorbehalten will). Bei Nicht-Handelsgeschäften freilich steht dieser Fall beschränkter Stellvertretung mit dem Fall, daß der Offerent einen Boten an den Oblaten schickt, praktisch fast auf Einer Linie. Denn so gut der Offerent den einem Boten ertheilten Auftrag, die Offerte auszurichten, widerrufen kann, so gut kann er auch die an den Stellvertreter des Oblaten vollständig ergangene Offerte widerrufen, grade so, wie die an den Oblaten selbst gerichtete [60a]). Anders aber bei Handelsgeschäften. Hat hier der Offerent die Offerte an einen Stellvertreter des Oblaten gerichtet, so ist er unzweifelhaft in der durch Art. 319 des H. G. B. bestimmten Weise an seine Offerte gebunden; nicht anders, als wenn er dem Prinzipal selbst offerirt hätte. Wenn er dagegen einen Boten zum Oblaten schickt, so kann er (auf Grund des Art. 320, Abs. 1) die Offerte wirksam widerrufen, falls nur der Widerruf vor oder mit dem Boten eintrifft. —

2) Auch eine Stellvertretung lediglich in der Entgegennahme der Acceptation ist möglich (so daß also die Offerte vom Prinzipal selbst gestellt wurde). Daß ein vom Offerenten Bevollmächtigter die Acceptation gültig entgegennehmen kann, ist klar. Und wenn der Oblat sich dazu herbeiläßt, einem negotiorum gestor des Offerenten gegenüber zu acceptiren, so befindet sich nun das Rechtsgeschäft in ähnlicher Lage, wie wenn der negotiorum gestor das Geschäft ganz abgeschlossen hätte.

VIII. Der Stellvertreter schließt das Rechtsgeschäft (oder einen Theil desselben) auf Namen des Prinzipals ab; es genügt

---

[60a]) Die herrschende Ansicht, daß die Offerte, auch bei obligatorischen Verträgen, stets widerruflich sei, ist durch die — wenn auch scharfsinnigen — Bekämpfungen, die in der Neuzeit erfolgt sind, m. E. nicht genügend widerlegt.

nicht der Abſchluß, welcher zwar im Intereſſe deſſelben, aber auf den eigenen Namen des Abſchließenden erfolgt. Davon haben wir uns oben überzeugt. Wie nun iſt es aber in dem umgekehrten Fall, wo der Abſchluß zwar auf Namen eines Andern, aber in eigenem Intereſſe erfolgt? Konſequent muß geſagt werden, daß hier Stellvertretung vorliegt; denn es bleibt wahr, daß das Rechtsgeſchäft ſich objektiv manifeſtirt als ein ſolches, welches dieſelbe Wirkung herbeiführen will, als wenn der Vertreter ſelbſt gehandelt hätte. Folglich entſtehen die Rechte und Pflichten aus dem abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäfte auch hier in der Perſon des Vertretenen (natürlich vorausgeſetzt, daß Bevollmächtigung, Ratihabition oder ein anderer Vollmachtsgrund vorliegt).

Anders ſteht es um die Beurtheilung des inneren Verhältniſſes, alſo des Verhältniſſes zwiſchen Vertreter und Vertretenem. Bei der Beurtheilung dieſes Verhältniſſes kommt es nicht lediglich auf die Art und Weiſe an, wie ſich der Handelnde nach Außen objektiv verhalten hat, ſondern auch auf anderweitige Erkenntnißmittel. Hiernach aber liegt in den fraglichen Fällen

1) die Möglichkeit vor, daß Vertreter und Vertretener eine Vertragsberedung getroffen haben. M. a. W.: der Vertretene wendet dem Vertreter dadurch, daß er ihm z. B. erlaubt, eine ihm (dem Vertretenen) gehörige Sache auf ſeinen (des Vertretenen) Namen zu verkaufen, zu vertauſchen pp., und zugleich ihn ermächtigt, das vom Dritten verſprochene Aequivalent einzutreiben und zu behalten, dieſes Aequivalent zu. Die causa dieſer Zuwendung kann ſo unendlich verſchieden ſein, wie die causa jeder andern Zuwendung — alſo causa donandi, dotis, credendi[61]), solvendi, transigendi pp. —

---

[61]) Vgl. L. 11 pr. D. de R. C. (12, 1): «Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. Si vendideris, puto mutuam pecuniam factam.» Dieſe Stelle ſpricht zwar von Verkauf auf eigenen Namen. Allein wenigſtens nach heutigem Recht kann die Ermächtigung auch eine Bevollmächtigung ſein, alſo die Ermächtigung, auf Namen des Anweiſenden zu verkaufen. Je nach Umſtänden iſt bald zu erwarten, daß auf die eine, bald, daß auf die andere Art Mehr erlöſt werde.

2) In Ermangelung einer ſolchen vorausgegangenen Vertragsberedung wird in der Regel (um von abnormen Fällen zu ſchweigen) ein Delikt vorliegen (z. B.: es verkauft Jemand ein fremdes Pferd auf Namen des Eigenthümers und unter Vorſpiegelung einer Vollmacht, in der Abſicht, den Preis für ſich zu behalten). Die Römer nennen die Klage, welche der Verletzte auf Grund dieſes Delikts erheben kann, actio negotiorum gestorum (L. 5 § 5 [Mommsen] D. de neg. gest. [3, 5]); daß Das aber nur eine Ausdehnung der Grundſätze über neg. gestio auf eine Nicht-negotiorum gestio iſt, habe ich früher gezeigt (ächte und unächte negotiorum gestio, Gießen 1873, § 5). — Nach Außen liegt, wie ſchon oben bemerkt, wirkliche und wahre Stellvertretung vor: durch Ratihabition wird daher der Vertretene gegenüber dem Dritten berechtigt und verpflichtet.

IX. Der ſchwierigſte Punkt aber in der Begriffsbeſtimmung der Stellvertretung iſt das Verhältniß derſelben zu den ſ. g. Verträgen zu Gunſten Dritter — eine Frage, deren Erörterung in einem beſonderen Paragraphen geſchehen ſoll.

§ 2. Insbeſondere von dem Verhältniſſe der Stellvertretung zu den Verträgen zu Gunſten Dritter[82]).

I. Wenn ſich Jemand bei einer Vertragsſchließung Etwas für eine dritte Perſon verſprechen läßt, ſo müſſen jedenfalls — darüber ſind Alle einig — zwei Hauptfälle unterſchieden werden. Entweder nämlich ſoll die Forderung aus dem Verſprechen

---

[82]) Die Literatur über die Verträge zu Gunſten Dritter findet man ausführlich referirt und kritiſirt in der fleißigen „Dogmengeſchichte" von Gareis (Vertr. zu G. D. Abſchnitt II [S. 51—149]). Beizufügen aus der neueſten Zeit iſt: Siegel, das Verſprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, Berlin 1873, S. 142—159; Unger, Beſprechung dieſer Schrift (Separatabdruck aus der Grünhut'ſchen Zeitſchrift) S. 17; Stobbe, in der Zeitſchrift für Handelsrecht Bd. 19 S. 300—305 (Rezenſion des Gareis'ſchen Werkes).

dem Promissar [63]) selbst zustehen: Er soll erzwingen können, daß die Leistung an den Dritten geschehe; der Dritte spielt nur die (objektive) Rolle des Leistungsempfängers. Oder aber: der Dritte selbst soll unmittelbar berechtigt werden. Wir können beide Fälle mit wenig Worten dahin präcisiren: Dort ist der Dritte nur in solutione, hier ist er auch in obligatione.

1) Der Dritte ist lediglich in solutione. (Vgl. hierüber Heyer in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, Bd. 3 N. F. S. 1—47; Puchta, Pand. § 256, § 220; Rudorff zu Note l) des letzteren §; Vangerow, Pand. Bd. 3 § 608, Anm., Nr. I, 1; Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2 S. 683, 684; Buchka, Stellvertretung S. 189—192; Bähr in den Jahrbb. für Dogmatik Bd. 6 S. 131—186; Windscheid, Pand. § 316, Nr. 1; Unger, Jahrbb. für Dogm. Bd. 10 S. 16, 17.)

Die Frage, ob ein Vertrag der in Rede stehenden Art gültig ist, ob also der Promissar eine klagbare Forderung darauf erlangen kann, daß der Promittent Etwas an den Dritten leiste, ist nur ein Bestandtheil der allgemeineren Frage, von welcher Beschaffenheit das zum gültigen obligatorischen Vertrage erforderte Interesse sein muß [64]). Ueber diese Frage ist nun

a) für das römische Recht Folgendes zu sagen. Bei Stipulationen war ein eigenes pekuniäres Interesse des Promissars unentbehrlich. Vgl. L. 38 § 17, 20—23, L. 95, L. 118 § 2 D. de V. O. (45, 1). Besonders zu beachten ist L. 38 § 20:

> «Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur. Et ait Marcellus stipulationem valere in specie hujusmodi. Is, qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et stipulatus est rem pupilli

---

[63]) Ich folge dem allgemeinen Sprachgebrauche, welcher unter dem Promissar Jeden versteht, welcher ein Versprechen in Empfang nimmt, mag er nun selbst daraus berechtigt werden sollen oder ein Dritter.

[64]) Vgl. hierüber vorzüglich Windscheid, Pand. § 251, Anm. 3.

salvam fore. Ait Marcellus posse defendi stipulationem valere: interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, si aliter res cesserit.»

In dieſer Stelle wird ſelbſt in einem Falle, wo entſchieden ein eigenes pekuniäres Intereſſe des Promiſſars vorhanden iſt, die Gültigkeit der Stipulation nur zögernd anerkannt.

Die einzige Stelle, in welcher ein nicht pekuniäres Intereſſe den Inhalt einer Stipulation bildet, die L. 8 § 2 D. ratam rem haberi (46, 8) [65]) («Si quis a procuratore status controversiam patiatur, satis accipere debet a procuratore, ne impune saepius pro suo statu conveniretur et, si — — — ratum non habuerunt — — —, quanti ea res est, ei praestetur — — id est quanti interfuerit ejus de statu suo rursus non periclitari — — —»), enthält eine ſinguläre Ausnahme, welche ſich m. E. genügend aus der Begünſtigung des Freiheitsprozeſſes erklärt. —

Dagegen muß in Bezug auf alle negotia bonae fidei behauptet werden, daß im neueren römiſchen Rechte das Prinzip durchgedrungen iſt, daß jedes Intereſſe, welches, nach dem richterlichen Ermeſſen, den Rechtsſchutz verdient, ſolchen ſtets erhalten ſoll [66]).

---

[65]) Vgl. über dieſe Stelle Windſcheid in der Heidelb. Krit. Zeitſchrift Bd. 2 S. 539, 540.

[66]) Ob Dies auch die Anſicht Windſcheid's iſt, erſcheint zweifelhaft. Einerſeits bemerkt derſelbe a. a. O., S. 539, in Bezug auf L. 54 pr. D. mand.: „Es ſoll, und Das iſt der Kern des Satzes, Niemand ſich der Erfüllung eines Verſprechens deßwegen entziehen können, weil der Gläubiger an derſelben kein Vermögensintereſſe habe.“ (Hiernach ſcheint alſo der Satz, daß jedes vernünftige Intereſſe den Obligationsgegenſtand bilden könne, von Windſcheid als die Regel aufgefaßt zu werden.) Anderſeits ſagt er daſelbſt aber, S. 540: „Allerdings aber bleibt bei alle Dem die Regel beſtehen, daß für die Kränkung eines Intereſſe, welches kein Vermögensintereſſe iſt, Genugthuung nur inſoweit begehrt werden kann, als in dieſer Kränkung eine Injurie enthalten iſt.“ Doch ſcheint es, daß dieſe „Regel“ ſich nicht auf die negotia bonae fidei beziehen ſoll. — Noch zweifelhafter iſt Windſcheid's Anſicht nach ſeinen Aeußerungen im Lehrbuch § 251 Anm. 3.

Daß die negotia bonae fidei auch in dieſer Beziehung anders behandelt wurden, als die neg. stricti juris, darf ſchon von Vorn herein erwartet werden; denn «in bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat» (§ 30 J. de actionibus [4, 6]). Und daß bei der Frage, von welcher Beſchaffenheit das Intereſſe des Gläubigers ſein müſſe, in der That ein Unterſchied gemacht wurde, zeigt ſchon die L. 38 § 21 D. de V. O. (45, 1), wo, nachdem vorher die Frage: «Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur» (§ 20 eod.) nur zögernd bejaht worden iſt, am Schluſſe geſagt wird:

> «Item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit: constat habere eum utilem ex locato actionem» [67]).

Alſo war bei negotia bonae fidei zum Mindeſten Das ein ſicherer Satz, daß das Verſprechen der Leiſtung an einen Dritten eine Klage des Promiſſars dann erzeugt, wenn er ein pekuniäres Intereſſe an dieſer Leiſtung hat — ein Satz, welcher bei negotia stricti juris nicht ſo frühe durchdrang. Beſtand nun in Bezug auf dieſen Punkt ein Unterſchied, ſo kann uns nicht Wunder nehmen, daß ein ſolcher in noch ſchärferer Weiſe beſtand bezüglich des nicht pekuniären Intereſſes. Während dieſes bei neg. str. j. im Prinzip gar nicht berückſichtigt wurde, ſo ſpricht für neg. b. f. die bekannte L. 54 pr. D. mand. (17, 1) [68]) mit klaren Worten das Gegentheil aus. Dieſe Stelle, welche um

---

[67]) Daß das «constat» nicht auch auf die beiden vorhergehenden Fälle («insulam fieri stipulatus» — «stipulatus a Mevio») geht, iſt klar. Der Satzbau der Stelle ſcheint freilich darauf zu deuten, daß das constare von allen drei Fällen gelten ſolle; allein es wird ja ausdrücklich (nur) die actio ex locato als feſtſtehend bezeichnet.

[68]) — — — «Placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam». Das «prudentioribus» deutet offenbar auf eine abweichende Anſicht, welche nicht genug Verſtändniß für das innerſte Weſen der judicia bonae fidei beſaß, um einzuſehen, daß die Aeſtimation des judex ſich nicht auf Objekte von Vermögenswerth zu beſchränken habe.

ſo ſchwerer in's Gewicht fallen muß, als Papinian ihr Verfaſſer iſt, ſtellt die Möglichkeit der Berückſichtigung des Affektionsintereſſes für judicia bonae fidei mit aller wünſchenswerthen Klarheit als Prinzip auf. Die Beſchränkung jener Berückſichtigung auf das Mandat, oder gar blos auf die in der Stelle genannten ſpeziellen Fälle, wäre abſolut willkührlich.

Für das Mandat übrigens wird jenes Prinzip noch ſo deutlich wie möglich beſtätigt in pr., § 3 J. de mand. (3, 16), L. 6 § 4 D. mand. (17, 1) («Si tibi mandavero, quod mea non intererat [69]), veluti ut pro Sejo intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus»).

Nur zwei Stellen ſcheinen jenes Prinzip zu verleugnen: L. 5 § 5 und L. 7 D. de praescr. verbis (19, 5) [70]). An einen wirklichen Widerſpruch derſelben mit den vorigen iſt um ſo weniger zu denken, als die L. 7 cit. Papinian zum Verfaſſer hat. Meines Erachtens liegt der Grund, warum hier das Affek-

---

[69]) Es verſteht ſich, daß dieſes non interesse nicht zu verſtehen iſt von abſoluter Intereſſeloſigkeit — denn bei der iſt kein ernſtlicher Vertrag denkbar —, ſondern nur vom Mangel eines (eigenen) Vermögensintereſſes. —

Obigen Quellenbelegen entgegen beruft ſich Bangerow, Pand. § 608, 7. Aufl. S. 289, auf die L. 8 § 6 D. mand. («Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse ejus, qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio — — —»), wonach für die actio directa „doch immer ein eigenes Intereſſe des Mandanten vorausgeſetzt werden müſſe." Allein 1) geht die L. 8 § 6 von ſolchen Fällen aus, wo der Mandant (eignes) pekuniäres Intereſſe verfolgt: da iſt freilich klar, daß die Säumigkeit des Mandatars ihn erſt dann und nur inſoweit verantwortlich macht, als dem Mandanten hieraus pekuniärer Schaden erwachſen iſt. 2) Auch in den Fällen, wo der Mandant kein (eignes) pekuniäres Intereſſe verfolgt, iſt er nie ohne ein „eigenes Intereſſe" überhaupt: daß er ſolches hat, Das hat er eben durch die Ertheilung des Mandats gezeigt; ſobald alſo ſein Intereſſe nachweisbar geſchädigt iſt, ſo kann er daſſelbe, obgleich es kein pekuniäres iſt, gerichtlich verfolgen.

[70]) L. 7 lautet: «Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea [illegible]st (d. h. gemäß dem altrömiſchen Sprachgebrauch, das pekuniäre [illegible]): aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.»

tionsintereſſe nicht berückſichtigt wird, ſchwerlich darin, daß „die actio praescriptis verbis eine noch neue und ſchüchtern auftretende Bildung war“ [71]), ſondern einfach darin, daß die actio praescriptis verbis, mit Ausnahme der a pr. v. aestimatoria und der a. pr. v. aus der permutatio rerum, nicht zu den bonae fidei judicia gehörte (§ 28 J. de actt. [4, 6]: — — — Bonae fidei [actiones] sunt hae: — — — praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit — —, eine Stelle, welche doch wohl über ein argumentum e contrario noch hinausgeht). [72])

Daß aber bei wirklichen negotia bonae fidei ein pekuniäres Intereſſe nicht erfordert iſt, dafür liegt, außer den ſchon beigebrachten Gründen, ein bedeutendes Argument noch in L. 38 § 17 D. de V. O.:

> «Alteri stipulari nemo potest praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest (i. e.: pecuniariter interest): ceterum ut alii detur, nihil interest mea. — — —»

Ich würde auf das argumentum e contrario dieſer Stelle ein ſo großes Gewicht nicht legen, wenn uns jene anderen, ſchon beigebrachten Gründe nicht das Recht dazu gäben. Nur hujusmodi obligationes, alſo nur die durch Stipulation begründeten Obligationen erfordern ein Vermögensintereſſe, ein «interesse» im ſtrengen römiſchen Sinn. Für Obligationen aber, welche durch ein negotium bonae fidei begründet ſind, genügt jedes Intereſſe, welches ex fide bona — alſo bei gewiſſenhafter

---

[71]) Windſcheid in der Heidelb. Krit. Zeitſchrift Bd. 2 S. 539.

[72]) Vgl. Puchta, Inſt. Bd. 2, § 165 a. E.; Rudorff, römiſche Rechtsgeſchichte Bd. 2, § 42, Note 23. — Nicht entgegen ſteht L. 1 § 2 D. de pr. verbis (19, 5): — — — sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio; die hervorgehobenen Worte wollen nur ſagen, daß der zu Verklagende ſich unzuverläſſig gezeigt hat, nicht daß die Klage bonae fidei ſei.

Erwägung aller Momente: der pekuniären, ethiſchen, gemüthlichen, ſozialen u. ſ. w. — des richterlichen Schutzes würdig erſcheint.[72a]) —

Was nun aber die Art betrifft, wie das Affektionsintereſſe, ſoweit es im römiſchen Recht anerkannt war, praktiſch durchgeſetzt wurde, ſo dürfen wir mit Windſcheid (Pand. § 251 Anm. 3) annehmen, daß der Richter hier auf eine rein nach ſeinem Ermeſſen zu beſtimmende Geldſumme verurtheilt habe[72b]); treffend iſt auch der Hinweis auf L. 14 § 1 D. de servo corrupto (11, 3) («De filio filiave familias corruptis — — utilis competit officio judicis aestimanda, quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi»); denn daß hier eine Deliktsklage vorliegt, kann offenbar keinen Unterſchied begründen.

Daß die Aufgabe des Richters in allen ſolchen Fällen eine ganz beſonders ſchwierige iſt, leuchtet freilich ein. Denn Affektionsintereſſe und Geld ſind ſtreng genommen inkommenſurable Dinge. Beide Maßſtäbe müſſen hier alſo mit einander verglichen und mit richtigem Takte erforſcht werden, welcher nach dem einen, dem Geldmaßſtabe, bemeſſene Anſpruch dem nach dem andern, dem Affektionsmaßſtabe bemeſſenen Anſpruche gleichzuachten iſt.[73])

Die Schranke aber der Berückſichtigung des Affektionsintereſſes: daß es ſich um ein des Rechtsſchutzes würdiges Intereſſe handeln muß, hat ebenfalls Papinian am Beſtimmteſten aufge-

---

[72a]) Ich ſtimme alſo im Reſultate, wenn auch nicht in allen Gründen, mit der angef. Abhandlung von Heyer überein — ſo wenig der Ton, in welchem dieſe Abhandlung geſchrieben, zu billigen iſt. Verecundia und pietas durfte man ganz beſonders von Dem erwarten, welcher derartige Grundſätze als in der Rechtsordnung maßgebende mit Wärme verficht (vgl. S. 21, 22, 41, 42). — Vgl. auch Baron, Pand. § 208, S. 415.

[72b]) Inwieweit im römiſchen Prozeſſe Handlungen und Unterlaſſungen durch Strafandrohungen ſeitens des magistratus, resp., in der dritten Periode, ſeitens des Beamten, erzwungen werden konnten, laſſe ich dahingeſtellt. Vgl. unten sub b).

[73]) Eine naheliegende Parallele aus dem Strafrechte bildet die Verwandlung einer Geldſtrafe in eine Freiheitsſtrafe; das Verhältniß dieſer beiden Uebel zu einander pflegt aber geſetzlich feſtgeſtellt zu ſein.

ſtellt, in der L. 7 D. de servis export. (28, 7). Dieſe Stelle ſpricht zwar von dem Falle, daß das Affektionsintereſſe durch Verabredung einer Konventionalſtrafe geſichert worden iſt; wenn aber ſogar in dieſem Fall nur ein des Rechtsſchutzes würdiges Affektionsintereſſe Berückſichtigung findet, ſo gilt Das natürlich um ſo mehr dann, wenn jene Fixirung nicht geſchehen iſt. Die Stelle lautet: Servus ea lege venit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem [74]), ut poenam praestaret emtor. Vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii promisit inciderit (denn hier hat er an der servatio legis ein unmittelbares pekuniäres Intereſſe). Huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii praestare cogitur: quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est. Quod si, ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. Nec videntur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis; enimvero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet.

Mit edleren Worten kann uns nicht an's Herz gelegt werden, daß Menſchlichkeit und Gerechtigkeit die im bonae fidei judicium regierenden, und zwar nöthigenfalls im Widerſpruche mit den Parteiverabredungen regierenden Grundſätze ſind. [75]) —

---

[74]) Wäre nämlich die Konventionalſtrafe durch Stipulation verſprochen worden, ſo würde das bei Stipulationen gültige Prinzip zur Anwendung gekommen ſein, daß zwar nur pekuniäres Intereſſe, aber auch jedes pekuniäre Intereſſe beanſprucht werden könne, welches nicht gerade ein (entſchieden) unſittliches iſt: ein ſolches Intereſſe iſt von einem des Rechtsſchutzes poſitiv würdigen noch ſehr verſchieden, wie eben unſere Stelle beweiſt.

[75]) Vgl. hierüber die vortreffliche Abhandlung von Karl Birkmeyer, die Exzeptionen im bonae fidei judicium (München 1874), Theil II Kapitel 2 („Das aequum jus als abſolutes Recht im b. f. judicium"). (Gegen die Unterſtellung aber, daß ich Birkmeyer's Exzeptionstheorie billige, müßte ich mich ausdrücklich verwahren. Das Verdienſt ſeiner Arbeit liegt m. E. in der tiefgehenden Unterſuchung des b. f. judi-

Allerdings hat Papinian seine Ansicht bezüglich des in dieser Stelle erörterten Falles später geändert. S. L. 6 § 1 D. eod.: «— — — Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur». Allein Papinian überzeugte sich nachträglich nur davon, daß im vorliegenden Falle ein von Haus aus pekuniäres Interesse vorliege: wenn auch nicht ein pekuniäres Interesse an der Erfüllung der Nebenberedung, «veluti quod poenam promisisset», so doch jedenfalls ein pekuniäres Interesse an dem Nichtbeigefügthaben der Nebenberedung: der Verkäufer kann, wenn die Nebenberedung nicht erfüllt wird, die Summe verlangen, um welche bei Abwesenheit jener Beredung der Kaufpreis höher gestellt worden wäre. Daß aber ein Affektionsinteresse nur dann berücksichtigt werden darf, wenn es den Rechtsschutz wahrhaft verdient, Das hat Papinian natürlich nicht zurückgenommen.

b) Was nun das heutige Recht angeht, so müssen wir für das Affektionsinteresse (natürlich unter Festhaltung an dem eben aufgestellten Erforderniß) zunächst, mit Windscheid, behaupten, daß „weder die Kondemnations- noch die Exekutionsfrage Schwierigkeit machen darf; die Kondemnationsfrage nicht, weil wir das Prinzip der Geldkondemnation nicht mehr haben, die Exekutionsfrage nicht, weil dem Richter auf Grund des J. R. A. § 162 und der Praxis die Befugniß, sein Urtheil auch durch Strafen zu erzwingen, nicht bestritten werden darf" (Windscheid, Pand. § 251 Anm. 3) — fügen wir bei: weil, Was Unterlassungen angeht, auch direkter Zwang möglich und zulässig sein kann[75a]).

---

cium an sich: Diese Untersuchung behält selbstständigen Werth, auch wenn man die Reaktion des Verfassers bezüglich der Exzeptionslehre nicht billigen kann.)

[75a]) Handelt es sich um körperliche Sachen, an denen der Sieger blos (oder zum Theil blos) ein Affektionsinteresse hat, so schließt, resp. schloß bei den Römern, der letztere Umstand die Naturalexekution natürlich in keiner Weise aus. Dies ist besonders wichtig in den Fällen, wo der Promissar sich die Leistung einer körperlichen Sache an einen Dritten ausbedingt: hier ist, wenigstens nach heutigem Recht, nicht zu bezweifeln, daß r Sieger die Leistung an den Dritten direkt erzwingen kann.

Reichen aber diese Hülfsmittel nicht aus, um ein (nicht durch Konventionalstrafe gesichertes) bloßes Affektionsinteresse durchzusetzen, dann muß auch heute das für die römischen judicia bonae fidei oben entwickelte Prinzip platzgreifen, daß das Affektionsinteresse — immer dessen des Rechtsschutzes würdige Beschaffenheit vorausgesetzt — in der oben beschriebenen Weise vom Richter in Geld umgesetzt werden muß. [76])

Nach dieser unserer Ansicht wird also dem Gläubiger bezüglich seines wirklich berechtigten Interesses nicht nur manchmal „geholfen", sondern „vollständig geholfen" (vgl. Windscheid, Pand. § 251, Note 3 am Ende). —

Nach den vorstehenden Ausführungen beantwortet sich nun von selbst die Frage nach der Gültigkeit des Vertrags, wodurch der Promissar eine Forderung darauf erlangen soll, daß an einen Dritten geleistet [76a]) werde. Wenn das Interesse, welches der Promissar an der Leistung an den Dritten hat, ein (nicht unsittliches) pekuniäres, oder ein des Rechtsschutzes positiv würdiges Affektionsinteresse ist, so ist der Vertrag gültig und wird von der Rechtsordnung in durchgreifender Weise (s. o.) geschützt.

Berechtigt aber aus diesem Vertrage ist zunächst Niemand außer dem Promissar selbst. Der Dritte kann die Forderung nur durch Zession erlangen. Es genügt also weder ein einseitiger „Beitritt" des Dritten, noch auch wird eine an den Dritten geschehene Zession „fingirt" [77]); vielmehr bedarf es einer wirk-

---

[76]) Daß ein Interesse, welches an sich nicht Geldinteresse ist, vom Richter in Geld umgesetzt wird, ist in unserem heutigen Rechte ein noch viel häufigeres Vorkommniß als bei den Römern. Man denke z. B. an unsere heutigen Klagen auf Schmerzens- und Narbengelder, welche beide lediglich den Zweck haben, Ersatz für erlittene Schmerzen resp. für die erlittene Einbuße an Schönheit zu bilden; die Verfolgung des (von Haus aus) pekuniären Interesses geht selbstständig neben jenen Klagen einher.

[76a]) „Leistung", natürlich im weiteren Sinne des Wortes genommen — also nicht bloß die Leistung körperlicher Sachen, sondern auch Arbeitsleistung, Gebrauchsgewährung, Unterlassungen u. s. w. befassend.

[77]) In wieweit die Lehre von der s. g. fingirten Zession wirklich richtig ist, in welchen Fällen also eine Forderung ohne Zession, m. a. W. von Rechtswegen auf einen Andern übergeht — diese Frage ausführlich

lichen (also vertragsweisen) Zession. Daß dem Dritten alle materiellrechtlichen Einwendungen aus der Person des Zedenten zustehen, versteht sich demnach von selbst. Endlich ist klar, daß die causa cessionis von derselben Mannichfaltigkeit sein kann, wie sonst. Insbesondere braucht sie durchaus nicht nothwendig liberaler Natur zu sein. —

Versteht man nun (wie das z. B. von Heyer, Wächter und Bähr geschieht) unter dem „Vertrage zu Gunsten Dritter" gerade den eben erörterten Vertrag, wo also der Dritte (zunächst) lediglich in solutione ist, so kann die Unterscheidung des „Vertrags zu Gunsten Dritter" von der Stellvertretung natürlich keine Schwierigkeiten machen. Bei der Stellvertretung soll (wenigstens in den weitaus meisten Fällen [vgl. oben § 1, Nr. V]) der Dritte unmittelbar aus dem Vertrage ein selbstständiges Forderungsrecht erlangen; in dem eben erörterten Falle soll der Dritte (zunächst) nur ein objektives Moment der Erfüllung bilden, und kann er erst durch Zession ein (abgeleitetes) Forderungsrecht erwerben.

---

zu erörtern, liegt nicht im Plane dieser Schrift. Doch kann ich meine Ansicht kurz dahin zusammenfassen. Die allermeisten Fälle, in welchen im römischen Rechte eine Forderung von Rechtswegen auf einen Andern übergeht oder doch wenigstens von Rechtswegen auch durch diesen Andern eingeklagt werden kann, nämlich die Fälle der L. 13 § 25 D. de A. E. V. (19, 1), L. 27 § 1, L. 28 D. de proc. (3, 3), L. 79 D. de V. O. (45, 1), L. 10 D. quod cuj. univ. (3, 4), L. 1 § 18 D. de exerc. act. (14, 1), L. 1 inf., L. 2 D. de inst. act. (14, 3), L. 5 D. de stip. praet. (46, 5), und L. 18 § 16 D. de damno inf. (39, 2), sind solche, wo der Handelnde suo et alieno nomine thätig gewesen war, m. a. W. wo er zwar zunächst auf seinen Namen kontrahirt, aber dabei (ausdrücklich oder stillschweigend) zu erkennen gegeben hatte, daß er statt des Prinzipals handle. M. a. W. es sind Das lauter Fälle von unvollkommener Stellvertretung. Daß der Vertretene hier nur in jenen bestimmten Fällen eine actio utilis erhielt, Das ist heute überholt durch das bei uns prinzipiell geltende Institut der vollkommnen Stellvertretung. — Handelt aber Jemand rein auf seinen eigenen Namen — und um solche Fälle dreht es sich auch in proposito, so erwirkt der Dritte eine Klage (ohne Weiteres) nur in den Fällen der L. 9 pr. D. de adm. tut. (26, 7), L. 2 D. quando ex facto tut. (26, 9), L. 2 C. eod. (5, 39), L. 52 pr. D. de pec. (15, 1) und L. 26 D. de R. C.

2) Der zweite Hauptfall ist der, daß der Dritte unmittelbar durch den Vertrag in obligatione sein, also eine selbstständige Forderung erwerben soll. Daß Das nun bei der Stellvertretung (in den allermeisten Fällen; vgl. § 1, Nr. V) intendirt wird, steht fest. Allein auch von „Verträgen zu Gunsten Dritter" wird in dem Sinne gesprochen, daß daraus nach der Parteiabsicht der Dritte unmittelbar eine selbstständige Forderung erlangen soll. (S. vor Allem Unger, Jahrbb. für Dogm. Bd. 10 S. 1—109, bes. S. 63 ff.; ferner Windscheid, Pand. § 316, Nr. 2; Regelsberger in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 568; Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 32, 33, 34, 38, 39, 40, 241, 246, 247.—[78]) Da wirft sich denn sofort die Frage auf: können diese „Verträge zu Gunsten Dritter" von der Stellvertretung überhaupt unterschieden werden, und, wenn ja, worin besteht der Unterschied?

---

[78]) Ob wir hierher auch Busch (Doktrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter, 1860 [Beilageheft zum 43. Band des Arch. für ziv. Praxis]), zählen dürfen, erscheint zweifelhaft. Einerseits bemerkt Busch (S. 46), es stehe fest „daß der Dritte aus einem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrage nach erfolgter Acceptation desselben eine Klage hat, ohne daß sein Klagerecht davon abhängig gemacht wird, daß die Kontrahenten bei der Erfüllung vermögensrechtlich interessirt sind." Und weiterhin (S. 46, 47): „Aus einem pactum in favorem tertii, d. h. aus einem Vertrage, in welchem dem Dritten eine Liberalität ausbedungen wird, erlangt der Promissar ein Recht, auf Erfüllung zu klagen, wenn er auch bei dieser vermögensrechtlich nicht interessirt ist. Ein solcher Vertrag berechtigt vom Momente seines Abschlusses an den Dritten zur Acceptation, ohne hierbei an die Zustimmung der Kontrahenten gebunden zu sein." Nach diesen Aeußerungen scheint es, daß Busch den Dritten zwar erst durch Acceptation, also nicht unmittelbar, aber doch ein selbstständiges (nicht ein abgeleitetes) Recht erwerben läßt. Andererseits aber sagt Busch (S. 48): „Die Behauptung, daß für die Kontrahenten nach deutschem Rechte jeder Vertrag zu Gunsten eines Dritten bindend und klagbar sei, auch wenn jene bei der Leistung an den Dritten nicht interessirt seien — — — erkennen fast alle Präjudizien und Rechtssprüche, indirekt, an; denn wie könnten sie sonst dem Dritten eine actio utilis zusprechen, wenn der Stipulator selbst keine Klage gegen den Promittenten hätte?!" Sofort aber weiter: „Darum habe ich das Klagerecht des Promissars ebenfalls als durch Gewohnheit sanktionirt betrachtet, obgleich eigentlich hierauf wenig ankommt, weil Alles darauf beruht,

Will man in dieſer vielerörterten Frage zu einem ſicheren Reſultate gelangen, ſo kann Das nur auf dem Wege einer ſtreng induktiven Methode geſchehen, m. a. W. nur dadurch, daß wenigſtens die wichtigſten konkreten Anwendungen dieſer „Verträge zu Gunſten Dritter" zuſammengeſtellt werden, und dann verſucht wird, daraus die gemeinſamen Merkmale zu ermitteln.

Die Fälle nun, wo ſchon im römiſchen Rechte ſolche „Verträge zu Gunſten Dritter", aus welchen die „Dritten" unmittelbar ſelbſtſtändige Rechte erwerben ſollen, unzweifelhaft anerkannt ſind (vgl. Unger, a. a. O. S. 27—40; Gareis, a. a. O. S. 212—214), ſind folgende:

a) Der Pfandgläubiger, welcher die verpfändete Sache veräußert, kann dem Verpfänder das Wiedereinlöſungsrecht vorbehalten, L. 13 pr. D. de pign. act. (13, 7). Nach der lichtvollen und überzeugenden Interpretation, welche Unger (a. a. O. S. 27—32) dieſer Stelle gewidmet hat, ſteht es feſt, daß der Verpfänder ſofort ein ſelbſtſtändiges (nicht etwa ein vom Rechte des Pfandgläubigers abzuleitendes) Recht erhält — ſo feſt, daß jede weitere Beweisführung nur überflüſſig ſein würde. Blos Ein Argument glaube ich den Unger'ſchen noch beifügen zu ſollen. Würde das Wiedereinlöſungsrecht des Verpfänders, falls es ein vom Pfandgläubiger (durch Zeſſion oder dgl.) abzuleitendes wäre, ſich ausreichend erweiſen, wenn der Schuldner eine kompenſable Gegenforderung an den Pfandgläubiger hat? [79])

b) Wenn der Schenker dem Beſchenkten auferlegt, die Sache nach Ablauf einer gewiſſen Zeit an einen Dritten herauszugeben, ſo erlangt dieſer Dritte eine ſelbſtſtändige Klage, L. 3 C. de donat. quae sub. modo (8, 55). Für die Selbſtſtändigkeit die-

---

daß der Dritte ſelbſt eine Klage auf Erfüllung hat, dieſe aber ihm von allen Dicaſterien zugeſprochen wird." Das klingt wieder nicht wie eine actio utilis, ſondern wie eine (durch Acceptation zu erlangende) ſelbſtſtändige Klage, neben welcher der Promiſſar etwa eine andere ſelbſtſtändige Klage auf Erfüllung an den Dritten hätte.

[79]) Man denke an den, ſehr leicht möglichen, Fall, daß der Käufer die Sache, dem Einlöſungsvorbehalte zuwider, veräußert hat und nun vom Verpfänder auf das Intereſſe belangt wird.

ſer Klage hat Unger (a. a. O. S. 33—37) wenigſtens eine genügende Beſcheinigung erbracht. Zweifel erweckt nur der Ausdruck «utilem actionem», welcher auf eine vom Schenker abgeleitete Klage zu deuten ſcheint. Unger (S. 34) ſucht Dem auszuweichen durch die Ueberſetzung „eine wirkſame (eigene) Klage". Im Nothfall würde ich dieſer Erklärung beitreten. Allein näher liegt m. E. Folgendes. Ein Ueberblick über die Stelle ergiebt, daß zweimal betont wird, der Dritte habe verſäumt, wie doch eigentlich nöthig, vom Empfänger der Sache, deren ſpätere Auslieferung zu ſtipuliren. Wenn nun die zweite Erwähnung dieſer Verſäumniß in folgender Weiſe geſchieht:

> Sed quum postea benigna juris interpretatione divi principes ei, qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint — — — —,

ſo dürfen wir ſchließen, daß die gewährte Klage eine utilis actio ex stipulatu iſt: die Verſäumung der Stipulation ſoll unſchädlich ſein; es ſoll, in Gemäßheit des Willens des Schenkers, ſo gehalten werden, als ob der Dritte vom Empfänger ſtipulirt hätte. Nicht eine Zeſſion (etwa der cond. causa data causa non secuta) von Seiten des Schenkers an den Dritten, ſondern eine Stipulation des Dritten und des Empfängers der Sache ſoll fingirt werden. Was uns hieran intereſſirt, iſt, daß der Dritte (kein abgeleitetes, ſondern) ein ſo ſelbſtſtändiges Recht erhält, wie wenn er vom Empfänger die Auslieferung der Sache ſtipulirt hätte.

c) Ein Aſzendent, welcher einer Tochter oder Enkelin eine dos beſtellt, kann der Dotirten oder deren Kindern die Rückgabe der dos verſprechen laſſen, L. 7 C. de pact. conv. (5, 14), L. 45 D. sol. matr. (24, 3) (vgl. Unger, S. 37—40). Freilich iſt in dieſen beiden Stellen wieder von utilis actio die Rede. Auch hier will Unger durch die Ueberſetzung „wirkſame" Klage helfen (S. 39). Und auch hier möchte ich den obigen Weg der Erklärung vorziehen. Wiederholt machen die Quellen darauf aufmerkſam, daß, wenn der Beſteller einer Mitgift deren Rückgabe

einem Dritten ſichern will, das nur dadurch möglich iſt, daß er dieſen Dritten mit dem Empfänger der dos eine desfallſige Stipulation eingehen läßt (vgl. L. 29 § 2 D. de pact. dotal. [23, 4], L. 19 C. de J. D. [5, 12]). Schon hiernach erſcheint, wenn in gewiſſen privilegirten Fällen der Dritte auch ohnedies eine Klage erhalten ſoll, als der nächſtliegende Gedanke der, daß der Dritte ſo behandelt werde, als habe er ſtipulirt. Dies wird nun, wie ich glaube, direkt beſtätigt durch L. 45 cit. Der Schluß derſelben lautet nämlich ſo:

> Quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio (offenbar ex stipulatu) competere videtur. Sed dicendum est Sejae posse dotem solvi (quamvis actio [offenbar wieder ex stipulatu] ei directo non competat), ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset. Sed permittendum est nepti ex hac avita conventione (aus dem mit der Stipulation verbundenen Innominatkontrakt), ne commodo dotis defrudetur, utilem actionem (exercere oder dgl.): favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est.

Wenn hier erſt das «directo competere» der actio ex stipulatu negirt, und dann eine utilis actio ſtatuirt wird, ſo iſt es wohl nicht zu kühn, darin eine utilis actio ex stipulatu zu erblicken; iſt dieſe doch durch die Ableugnung (nur) der direkten actio ex stip. bereits ſignaliſirt.

Wie alſo im vorigen Falle (lit. b) die utilis actio ex stipulatu auf Grund einer fremden donatio sub modo erwuchs, ſo erwächſt ſie jetzt auf Grund eines fremden Innominatkontrakts. Auch jetzt tritt dieſelbe Wirkung ein, wie wenn die dritte Perſon vom Empfänger ſtipulirt hätte: m. a. W. die dritte Perſon erlangt eine ſelbſtſtändige, keine vom Mitaiftsbeſteller abgeleitete Klage. —

Als ſichere Fälle, wo kraft deutſchen Gewohnheits- ſolche „Verträge zu Gunſten Dritter“ gültig ſind, aus

welchen der Dritte unmittelbar ein selbstständiges[80]) Recht erlangen soll, lassen sich folgende aufführen:

a) Die Abtretung eines Bauernguts mit Vorbehalt von Abfindungen für Dritte, besonders für die Geschwister des Gutsempfängers, oder mit Vorbehalt einer Leibzucht für die Wittwe des Abtretenden (s. Unger S. 82; Gareis § 70).

b) Einkauf der Ehefrau in eine Wittwenkasse (Unger S. 83, 84; Gareis § 69).

c) Andre Versicherungen des eigenen Lebens zu Gunsten Dritter (s. Unger S. 84, 85; Gareis § 69).

d) Ehestiftungen mit Vorbehalt von vermögensrechtlichen Vortheilen für die Kinder erster Ehe (oder für uneheliche Kinder) (s. Unger S. 81, 82). — [81])

Ich habe, sowohl was die bereits im römischen als die erst im heutigen Rechte anerkannten Fälle betrifft, absichtlich nur die als feststehend anzusehenden namhaft gemacht. Dadurch haben wir einen festen Boden gewonnen, um nun die juristische Natur dieser „Verträge zu Gunsten Dritter" untersuchen zu können.

Es liegt auf der Hand, daß das Problem, welches diese Untersuchung zu lösen hat, in Folgendem besteht. Sowohl bei den vorliegenden „Verträgen zu Gunsten Dritter" wie bei der im Rechtserwerbe erfolgenden Stellvertretung beabsichtigen die Parteien, daß der Dritte unmittelbar ein selbstständiges Recht er-

---

[80]) Ich bemerke hier ausdrücklich, daß ich unter „selbstständig" Nichts weiter verstehe, als daß das Recht kein (durch Zession oder Rechtssatz) von einem Andern abgeleitetes ist. Ich lasse dabei also namentlich dahingestellt: 1) Ob das Recht ein betagtes oder unbetagtes, ein bedingtes oder unbedingtes ist. 2) Ob es (Seitens des Promissars oder des Promittenten oder Beider vereint) widerruflich ist. Eine Untersuchung dieser Punkte liegt unserem Plane fern: es kommt uns hier nur darauf an, daß das (im Uebrigen wie auch immer geartete) Recht nicht durch die Person des Promissars hindurchgeht.

[81]) Es kann an diesem Orte billigerweise kein Nachweis dafür gefordert werden, daß sich für diese Fälle ein Gewohnheitsrecht wirklich gebildet habe. Ich muß in dieser Beziehung auf die Ausführungen von Unger und Gareis verweisen.

halte [82]). Beidemal soll der Dritte sofort in obligatione, nicht blos in solutione sein. Beidemal soll — um den treffenden Ausdruck Jhering's zu gebrauchen — eine Trennung von Ursache und Wirkung stattfinden. Worin besteht nun der Unterschied beider Fälle?

II. Die bisherigen Versuche, diesen Unterschied festzustellen, sind im Wesentlichen folgende.

1) Windscheid (Pand. § 316 Note 14) bemerkt: „— — — Schlimmer ist, wenn man den Vertrag zu Gunsten eines Dritten mit dem im Namen eines Dritten abgeschlossenen Vertrag zusammenwirft. Dies ist namentlich in früherer Zeit vielfach geschehen, und kommt auch heutzutage noch vor. Und doch ist der Unterschied ein auf der Hand liegender. Wer einen Vertrag im Namen eines Andern abschließt, will, daß der Andere als Vertragsschließender rechtlich in Betracht kommen soll; wer einen Vertrag zu Gunsten eines Andern abschließt, will selbst als Vertragsschließender rechtlich in Betracht kommen, aber sein Vertrag soll eine rechtliche Wirkung für den Andern erzeugen."

Windscheid stellt also Alles ab auf die Frage, Wer „als Vertragsschließender rechtlich in Betracht kommen soll." Da fragt sich nun, Was Windscheid unter diesem vieldeutigen Ausdrucke versteht. Sollte damit gemeint sein: „Wer juristisch den Vertrag abschließe", so müßte die Richtigkeit der von Windscheid gemachten Unterscheidung mit Energie bestritten werden; denn nicht nur der zu Gunsten eines Dritten Paziszirende, sondern auch der Stellvertretende schließt den Vertrag selbst ab. Und ebenso soll beidemal „eine rechtliche Wirkung für den Andern erzeugt werden." Indessen wird das Alles auch Windscheid nicht leugnen. Sonach muß er unter dem „als Vertrags-

---

[82]) Nur daß dann, wenn der Stellvertreter negotiorum gestor ist, in der Regel eine Ratihabition des Prinzipals erfordert ist. Selbst hier aber paßt das „unmittelbar" insofern, als der Prinzipal sofort durch das vom negotiorum gestor abgeschlossene Rechtsgeschäft mindestens ein Recht zu ratihabiren erlangen soll. S. darüber unten § 7.

ſchließender rechtlich in Betracht kommen" etwas Andres verſtehen, als den Vertragsabſchluß. Aber Was? Inwiefern ſoll der zu Gunſten eines Dritten Kontrahirende rechtlich als Vertragsſchließender mehr in Betracht kommen, als der Stellvertreter? Windſcheid ſelbſt wird zugeben müſſen, daß er ſeinen — vielleicht ganz richtigen — Gedanken nicht hinreichend entwickelt hat.

2) Unger (a. a. O. S. 61) ſucht den „prinzipiellen Unterſchied der Vertragsſchließung zu Gunſten Dritter von der Vertragsſchließung durch Stellvertreter" ſo zu beſtimmen: „Der Stellvertreter handelt im Namen, der Primus" (ſo will Unger den Promiſſar bei den Verträgen zu Gunſten eines Dritten kurz nennen) „zu Gunſten des Andern; jener handelt ſtatt des Andern, in deſſen Dienſt, dieſer für den Andern, zu deſſen Vortheil; jener führt ein fremdes Geſchäft, dieſer ſein eigenes; der Repräſentirte kontrahirt durch den Vertreter, der Dritte erwirbt durch den Primus; jener verdankt dem Repräſentanten den Vertrag, dieſer dem Primus das Recht; der Stellvertreter iſt Willensorgan und Kontraktsinſtrument, der Primus iſt Vermittler (Zubringer) und Wohlthäter, er ſpielt inter vivos die Rolle des Erblaſſers."

So viel Wahres und Gutes in dieſen Sätzen auch enthalten iſt, ſo kann ich die in ihnen aufgeſtellten Unterſchiede dennoch weder „charakteriſtiſch" noch „prägnant" finden (vgl. Unger, a. a. O.). Denn a) daß „der Stellvertreter im Namen, der Primus zu Gunſten des Andern handelt", iſt gerade das näher zu Beſtimmende. b) Daß der Stellvertreter ſtatt des Andern, in deſſen Dienſt, der Primus für den Andern, zu deſſen Vortheil handelt, enthält ebenfalls keine oder doch keine klare Charakteriſtik. Einerſeits kann auch beim Rechtserwerb durch einen Stellvertreter mit Fug geſagt werden, daß Dieſer für den Prinzipal, zu deſſen Vortheil handelt. Andererſeits könnte Jemand behaupten, daß auch der zu Gunſten eines Dritten Paziſzirende, ſoferne es ſich um die aus dem Vertrage fließenden Rechte handelt, ſtatt des Andern (alſo in deſſen Dienſt) thätig iſt: ſei es doch bezüglich dieſer Rechte grade ſo gut, wie wenn der Dritte ſie durch eigene Thätigkeit erworben hätte (z. B. ſei der Mann, der ſeine

welchen Erforderniſſen ein Vertrag zu Gunſten Dritter gültig ſei, bemerkt er (S. 565): „Ueberall“ (nämlich in allen von Unger angeführten Fällen der Verträge zu G. D.) „wird die Leiſtung an den Dritten mit Rückſicht auf ein Verhältniß des Verſprechenden zum Verſprechensempfänger zugeſichert. Oder iſt es Zufall, daß ſelbſt in den Beiſpielen von Erlaßverträgen zu Gunſten Dritter die Befreiung des Schuldners auf Grund einer Anzahlung des Verſprechensempfängers ausgeſprochen wird? Ich meine, es hat den Verf.“ (i. e. Unger) „dabei ſein geſundes Rechtsgefühl geleitet, welches für den Vertrag einen Grund in deren[85]) Beziehung zwiſchen den handelnden Perſonen forderte. — In dieſem Erforderniß erblicke ich ein weſentliches Merkmal der Verträge zu Gunſten Dritter und in der Hervorhebung deſſelben ein bleibendes Verdienſt der Abhandlung Bähr's. — — — Es folgt dieſes Erforderniß aus dem Weſen des Vertrags — —.“

Mit All' Dem muß man ſich entſchieden einverſtanden erklären. Auch ich bin der Anſicht, daß „die Kauſalbeziehung des Verſprechens (das warum? aus welchem verſprochen wird) in dem Verhältniß des Promittenten zu dem Promiſſar (nicht zu dem Dritten) gelegen iſt.“ (Bähr, Jahrbb. für Dogm. Bd. 6 S. 136).[86])

ſondert jetzt die Fälle der Stellvertretung aus, welche ſich in greifbaren Merkmalen von den übrigen im fremden Intereſſe geſchloſſenen Verträgen abheben“, worauf dann Hinweiſungen auf Unger erfolgen.

[85]) Soll wohl heißen: „der“.

[86]) Und ich muß es für ungegründet halten, wenn Unger (a. a. O. S. 75, not. 95) behauptet: „Nach der Konſtruktion Bähr's (S. 138) könnte übrigens ein Mann ſeiner Frau gar nicht den unentgeltlichen Eintritt in eine Wittwenkaſſe verſchaffen; man nehme z. B. den Fall, daß bei Ausbruch eines Krieges die Vorſteher einer Wittwenkaſſe die patriotiſche Erklärung abgeben, einer beſtimmten Anzahl armer Landwehrmänner Verſicherungsſcheine für ihre Frauen auszuſtellen.“ Dieſer Vorhalt beruht auf Irrthum. Bähr bemerkt auf S. 138 allerdings: „Wenn Jemand für ſeine Wittwe in eine Wittwenkaſſe ſich einkauft, ſo erſcheint das Verſprechen der Anſtalt, der Wittwe zu zahlen, als Gegenleiſtung dafür, daß der Mann ſich verpflichtet, Beiträge zu leiſten, und es wird ſolchergeſtalt kraft der zwiſchen Promiſſar und Promittenten beſtehenden Kauſalbeziehung zu einem rechtswirkſamen.“ Daß aber Bähr damit durchaus nicht behaupten will, das „Sicheinkaufen“ ſei die einzig mögliche Cauſalbeziehung zwiſchen Ehe-

Und zwar finde ich gerade hierin den Hauptſchlüſſel zu dem Verſtändniß des Vertrags zu Gunſten Dritter und zur Einſicht in das Verhältniß, in welchem derſelbe zur Stellvertretung ſteht. — Allein indem ſich Regelsberger ohne Weiteres an Bähr anſchließt, ſetzt er ſich dem gewichtigen Einwande aus, daß Bähr den „Vertrag zu Gunſten Dritter" ja in einer weſentlich andern Weiſe, als Unger und Regelsberger auffaſſe. Bähr verſteht unter dem genannten Vertrage ja einen ſolchen, woraus der Promiſſar ein Recht auf Leiſtung an den Dritten erlangt (wenigſtens zunächſt erlangt) (vgl. Bähr, a. a. O. S. 135 unten, S. 136 oben, S. 144, 154—157), während Unger und Regelsberger bei „Vertrag zu Gunſten Dritter" an unmittelbares Berechtigtwerden des Dritten denken. Von jenem Standpunkte Bähr's aus iſt nämlich das Erforderniß einer zwiſchen Promittent und Promiſſar obwaltenden Kauſalbeziehung ein ſofort einleuchtendes: wird das Verſprechen zu Gunſten des Promiſſars [87]) abgegeben, ſoll m. a. W. Er eine Klage auf Leiſtung an den Dritten erhalten, wird Ihm alſo ein Vermögenswerth (in Geſtalt einer Forderung) zugewendet, dann muß die causa dieſer Zuwendung natürlich zwiſchen Promittent und Promiſſar beſtehen — nicht anders als wenn der Inhalt des Verſprechens dahin gegangen wäre, an den Promiſſar ſelbſt zu leiſten. Dagegen vom Standpunkte Unger's und Regelsberger's aus könnte das Requiſit eines zwiſchen Promittent und Promiſſar beſtehenden

---

mann und Wittwenkaſſe," geht direkt hervor aus einer Aeußerung, welche Bähr auf S. 137 thut: „Bittet A den N, ihm 100 zu ſchenken, dieſelben aber an T zu zahlen, und N leiſtet eine dem entſprechende Zuſage, ſo iſt ein Schenkverſprechen zwiſchen N und A zu Stande gekommen, welches dadurch ſeine Kraft nicht verliert, daß die Leiſtung daraus nach dem Willen des Beſchenkten an einen Dritten geſchehen ſoll." Bähr will offenbar nur Dieſes betonen, daß der Vertrag zu Gunſten eines Dritten nicht ohne irgend eine Kauſalbeziehung zwiſchen Promittent und Promiſſar beſtehen kann; möge nun die causa eine liberale oder eine oneroſe ſein.

[87]) Bähr bemerkt (S. 136) ausdrücklich: „Ich erkläre dieſen Namen" (Verträge zu Gunſten eines Dritten) „für ſchlecht gewählt. Denn in der That ſind ſolche Verträge nicht Verträge zu Gunſten des Dritten, ſondern Verträge zu Gunſten des Promiſſars ſelbſt, wobei dieſer aber die ihm zugeſagte Leiſtung einem Dritten überweiſt."

Kauſalverhältniſſes beanſtandet werden. Denn da nach der Auffaſſung jener beiden Schriftſteller der Dritte ein (ſelbſtſtändiges) Forderungsrecht erlangt [88]), ſo liegt die Vorſtellung ſehr nahe, daß auch die Kauſalbeziehung des zu Gunſten des Dritten gegebenen Verſprechens zwiſchen dem Promittenten und dem Dritten vorliegen müſſe. Zuwendung und causa der Zuwendung, ſo kann Jemand argumentiren, ſeien unzertrennliche rechtsgeſchäftliche Momente: da nun nach Unger und Regelsberger der Promittent durch ſein Verſprechen dem Dritten einen Vermögenswerth (die Forderung) zuwende, ſo müſſe er folglich Dieſem gegenüber nothwendig auch eine causa haben.

Ich glaube nun zwar, daß es Regelsberger nicht ſchwer fallen würde, ſolche Bedenken zu widerlegen. Allein Regelsberger ſelbſt wird zugeben, daß, wenn man von der juriſtiſchen Struktur des Vertrags zu Gunſten eines Dritten eine ganz klare Vorſtellung gewinnen und gewähren will, jene Widerlegung immerhin geboten erſcheint. Und zwar iſt grade das richtige Verſtändniß des in Frage ſtehenden Punktes ganz beſonders geeignet, Einſicht in den Geſammtcharakter des Inſtituts und in den Unterſchied deſſelben von der Stellvertretung zu verſchaffen.

4) Mit ganz beſonderer Ausführlichkeit und Sorgfalt iſt in neueſter Zeit das Weſen der Verträge zu Gunſten Dritter von Gareis, in der ſchon mehrfach angeführten Schrift, unterſucht worden. So hat ſich Derſelbe denn auch angelegen ſein laſſen, eine möglichſt genaue Abgrenzung jener Verträge gegenüber allen ſonſtigen Inſtituten vorzunehmen, welche damit nur irgend verwechſelt werden können (S. 3—40). Was nun freilich Gareis bei dieſer Gelegenheit über den Unterſchied der Verträge zu G. D. von

---

[88]) Allerdings kann, wie Regelsberger (S. 566, 567) mit Recht betont, daneben auch der Promiſſar ein Recht erhalten. Allein einmal gilt Das nicht von allen Fällen. Sodann aber bleibt auch im Falle eigener Berechtigung des Promiſſars das (ebenfalls ſelbſtſtändige) Recht des Dritten der im Text bezeichneten Vorſtellung ausgeſetzt; man könnte meinen, es beſtünden im vorliegenden Falle zwei Kauſalverhältniſſe, eines zwiſchen Promittent und Promiſſar, und ein anderes zwiſchen Promittent und Drittem.

der Stellvertretung sagt, kann uns über diesen Punkt unmöglich beruhigen. Denn obgleich er (S. 34, not. 2) meint: „Der Unterschied zwischen Stellvertretung und Vertrag zu Gunsten Dritter lasse sich sicher und scharf feststellen; es dürfe an der inneren Begründung dieser Unterscheidung nicht gezweifelt werden", so findet sich über den fraglichen Unterschied im Wesentlichen doch nur Folgendes: „Der Dritte (beim Vertrag zu G. D.) gilt nicht als Mitkontrahent[89]), darum ist der Promissar nicht sein Stellvertreter; der Vertrag wird nicht im Namen des Dritten, sondern nur zu seinen Gunsten abgeschlossen; der Promissar erklärt vollkommen seinen eigenen Willen; dieser wird nicht als Wille des Dritten fingirt; der Wille des Dritten wird weder wirklich noch fingirt im Geschäfte erklärt. Das Geschäft ist gar nicht Geschäft des Dritten, sondern ein Vertrag der zwei Kontrahenten allein, aber zu Gunsten des Dritten, so daß dieser unmittelbar und ohne auch nur vertreten zu sein beim Vertragsabschluß aus diesem ein wirkliches Recht erwirbt." (S. 34—36.)

Gegenüber diesen — an sich vollkommen richtigen — Bemerkungen darf ich, zur Vermeidung unnützer Wiederholungen, auf die obigen gegen Windscheid und Unger erhobenen Ausstellungen zurückverweisen. Die Gareis'sche Deduktion läuft darauf hinaus, im Falle der Stellvertretung liege ein „Geschäft" des Dritten vor. Daß Das nicht bedeuten soll: „Der Prinzipal selbst schließt das Rechtsgeschäft wirklich ab", geht schon daraus hervor, daß Gareis (für den Fall der Stellvertretung) nur von „fingirtem" Willen des Dritten spricht, und wird zudem durch die Bemerkung S. 15 Zeile 7—5 v. u. ganz unzweifelhaft. Liegt aber demnach im Falle der Stellvertretung sowohl, wie bei der Vertragsschließung zu Gunsten Dritter, insofern ein „Geschäft" des im Interesse des Dritten Thätigen vor, als dieser Letztere die juristische Handlung vornimmt, so muß mit jenem „Geschäft" des Dritten, welches bei der Stellvertretung vorliege, etwas

---

[89]) Vgl. auch S. 34, not. 2: „Ueberall läßt sich konstatiren, ob der Dritte als Mithandelnder zu denken ist oder nicht."

Anderes gemeint sein, als jene Handlung. Aber Was? Das ist eben die Frage.

Noch weniger, als durch die obigen Aufstellungen, wird der uns beschäftigende Unterschied durch die Definitionen des Vertrags zu G. D. erschöpft, welche Gareis S. 32 bringt („Er stellt sich dar als ein Vertrag, inhaltlich dessen direkt in Folge der eigens darauf gerichteten Willenseinigung der Kontrahenten ein Dritter unmittelbar ein Recht erwirbt, m. a. W. pp"), geschweige denn durch die Betonung (S. 226), daß beim Vertrag zu Gunsten Dritter „„Vertheilung" von „Ursache" und „Wirkung" in der Acceptation auf zwei verschiedene Personen"" vorliege.

Eingreifender aber sind die Ausführungen von Gareis, welche der „Dogmatik der Verträge zu Gunsten Dritter" gewidmet sind (Abschnitt IV [S. 204—274, bes. S. 210—222]). Gareis sucht hier den von Ihering (Jahrbücher für Dogm. Bd. 10 S. 245—354) aufgestellten und begründeten Begriff der Reflexwirkung [90]) zur Konstruktion der Verträge zu Gunsten Dritter zu verwerthen. Aber freilich in einer eigenthümlichen Weise. Er geht — und Das mit vollem Recht — von der Frage aus: „Wie kommt der Promittent dazu, sich, dem Promissar gegenüber, dem Dritten zu verpflichten?" Und hierauf ertheilt er folgende Antwort: „Die causa der Verpflichtung des Promittenten ist in allen Fällen giltiger materieller Verträge zu Gunsten eines Dritten ein Rechtsverhältniß zwischen Promittenten und Promissar, ein Rechtsverhältniß, in welchem beiderseits Leistungen vorkommen, zunächst eine Leistung des Promissars an den Promittenten, wofür der Promittent in der Regel zur vertragsmäßigen Gegenleistung zunächst dem Promissar verpflichtet ist. Diese Gegenleistung wendet der Promissar mit Willen des Promittenten ganz oder theilweise

---

[90]) Von dieser giebt Ihering zwei Definitionen; die eine, „descriptive", lautet: „Die R. ist eine durch besondere Verhältnisse bedingte und ausschließlich durch sie herbeigeführte ökonomisch vortheilhafte oder nachtheilige Folge einer in der Person des Einen eingetretenen Thatsache für eine dritte Person." (S. 284, 285); die andere, „dogmatische" Definition ist diese: „Die R. ist ein ohne alle Willensthätigkeit erfolgender Erwerb wegen eines Andern (capere propter aliquem)." (S. 295)

dem Dritten zu und hieraus entsteht für Letzteren zunächst lediglich eine Reflexwirkung; er partizipirt an dem Vortheile des Vertrags, ohne daß ihm der Vortheil direkt zugedacht ist; er kann ihm aber durch den Willen der Parteien zugedacht sein und zwar nicht blos als zufällige Thatsache, sondern als klagbares Recht; dies geschieht in einer besonderen Vertragsbestimmung, die eine Klausel (Bedingung) des zwischen dem Promittenten und Promissar abgeschlossenen Vertrages ist. Was inhaltlich des zwischen dem Promittenten und Promissar vorhandenen Rechtsverhältnisses dem Dritten in Folge einer bloßen Reflexwirkung thatsächlich zufallen würde, das kann er kraft einer darauf gerichteten besonderen Vertragsbestimmung der zwei Kontrahenten als ein Recht mit einer Klage fordern. Voraussetzung des Rechts des Dritten ist demnach: 1) Eine ihm günstige Reflexwirkung aus dem Rechtsverhältnisse zwischen Promittent und Promissar und 2) eine das Resultat dieser Reflexwirkung zum selbstständigen Recht des Dritten erhebende Vertragsbestimmung jener beiden Kontrahenten." (S. 211, 212; vgl. S. 214, 216, 217, 269.)

Daß Gareis, im Anschluß an Bähr und Regelsberger, das kausale Verhältniß zwischen den beiden vertragschließenden Personen hervorhebt, ist nur zu billigen. Für nicht glücklich aber muß ich es erklären, wenn Gareis auf Grund dieses kausalen Verhältnisses mit dem Begriffe der Reflexwirkung operirt. Der Vertrag zu Gunsten Dritter ist mit den blos „reflektirenden" juristischen Thatsachen gar nicht zu vergleichen. Er begründet ein beabsichtigtes Recht; die Reflexwirkung dagegen ist nur „eine Folge der rechtserzeugenden Thatsache, nicht Zweck derselben". (Jhering a. a. O. S. 288.) Wenn daher die Parteien einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten schließen, so ist der einfache Thatbestand doch wohl der, daß eben blos ein solcher — ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten — vorliegt, und daß für die Idee einer Reflexwirkung absolut gar kein Raum da ist.

In der That erkennt Das Gareis eigentlich selbst an. Auf S. 217 schreibt er gradezu Folgendes: „In dem pactum in favorem tertii ist der Erwerb des Dritten, der rücksichtlich der Reflexwirkung Rechtsparasit genannt würde, von den Paziszenten, sei es als Haupt-, sei es als Nebenzweck, gewollt, beabsichtigt.

Hierdurch verändert sich der Begriff der Reflexwirkung hier und wird der von Ihering aufgestellte Begriff unanwendbar." Das soll wohl heißen; es trete eine verstärkte Reflexwirkung ein, eine Reflexwirkung von mächtigerer Natur, als die Ihering'sche Reflexwirkung. Nun giebt aber — und Das dünkt uns das Wichtigste — Gareis selber jeden konstruktiven Zusammenhang dieser neuen „Reflexwirkung" (oder wie er sonst das Recht des Dritten nennen mag) mit der Ihering'schen Reflexwirkung auf, indem er fortfährt: „Unwesentlich ist für den Erwerb des Dritten, Was ohne die dem Dritten begünstigende Absicht der Paziszenten eintrete und existire; wesentlich ist, daß jene Absicht im Vertrage der Kontrahenten vorliegt und dem Dritten diesen Erwerb als Haupt- oder Nebenprodukt des Vertrags abwirft." Das bedeutet doch wohl (wenn ich Gareis nicht mißverstehe): Was als bloße Ihering'sche Reflexwirkung eingetreten sein würde, wenn kein echter Vertrag zu Gunsten des Dritten geschlossen worden wäre[90a]), Das ist überholt oder vielmehr in der Entstehung erstickt worden dadurch, daß ein Vertrag zu Gunsten des Dritten geschlossen, m. a. W. demselben absichtlich ein klagbares Recht verschafft worden ist; und dieses bezweckte Recht steht unter ganz anderen juristischen Grundsätzen, als die Ihering'sche Reflexwirkung, welche denkbarer Weise hätte eintreten können, aber nicht eingetreten ist.

Sonach bleibt aber von der Gareis'schen Konstruktion des Vertrags zu Gunsten eines Dritten, Was die Stellung des Dritten angeht, Nichts übrig, als der Unger'sche Gedanke, daß die Paziszenten ein unmittelbares, selbstständiges Recht des Dritten hervorrufen wollen. Es fragt sich also nur noch, ob für dieses Rechtsverhältniß der Name „Reflexwirkung" irgend zutreffend ist, etwa die Bezeichnung „Reflexwirkung stärkeren Grades" oder dergl. Und da ist klar, daß jede derartige Bezeichnung aus doppeltem Grunde zu verwerfen ist: einmal, weil „Reflexwirkung" auf etwas Zufälliges, Unwillkührliches deutet; und dann, weil

---

[90a]) Also namentlich dann, wenn der Dritte nur in solutione sein, m. a. W. wenn (nur) der Promissar ein Recht auf Leistung an den Dritten haben soll.

die Gefahr der Verwechslung mit der ächten (Jhering'schen) Reflexwirkung allzunahe läge [91]). —

Mit den vorstehenden Bemerkungen sollen die wirklichen Verdienste des Gareis'schen Werkes selbstverständlich nicht geschmälert werden. Es muß vielmehr nochmals anerkannt werden, daß eingehender, als Dies früher jemals geschehen, das kausale Verhältniß zwischen Promittent und Promissar untersucht worden ist. Grade dieses Verhältniß ist aber eines der wesentlichsten Momente, welche für die Unterscheidung der Verträge zu Gunsten Dritter von der Stellvertretung maßgebend sind. Jenes Moment für diese Unterscheidung eingehend zu verwerthen, hat Gareis freilich versäumt.

Endlich aber könnte, nachdem sich die Verwerthung der (ächten) Reflexwirkung zur Erklärung des Vertrags zu Gunsten Dritter als nicht ausreichend gezeigt hat, auch Gareis, ähnlich wie Unger und Regelsberger, den Einwand erfahren: Wie ist es möglich, daß im Vertrag zu Gunsten eines Dritten der Promittent dem Dritten eine Zuwendung (nämlich in Gestalt eines Versprechens zu Dessen Gunsten) macht, ohne ihm gegenüber eine causa zu dieser Zuwendung zu haben? wie ist es möglich, daß die causa einer andern Person, dem Promissar gegenüber, besteht? Und umgekehrt: wie kann der Promittent dem Promissar gegenüber eine causa verfolgen, ohne ihm Etwas zuzuwenden? [92]) Denn nur solche Zuwendung ist doch taugliches Mittel zu einem ihm gegenüber zu verfolgenden juristischen Zweck! — Doch erkenne ich gerne an, daß die Elemente zur Hebung dieser Bedenken theilweise in den Gareis'schen Deduktionen selbst implicite enthalten sind. — —

---

[91]) Es ist übrigens von Interesse, zu sehen, wie bei Gareis § 59, S. 241 jegliche Art von „Reflexwirkung" unsichtbar wird — und zwar nur zum Vortheil der Darstellung.

[92]) Sagt doch Gareis S. 226 gradezu: „Der Promissar acceptirt und der Dritte genießt die Wirkung hievon, wird berechtigt." Der Promissar hätte hiernach also, wie es wenigstens den Anschein hat, gar nichts erlangt.

III. Es soll nun der Versuch gemacht werden, das Wesen der uns beschäftigenden Verträge zu Gunsten Dritter und das Verhältniß derselben zur Stellvertretung in kurzen Zügen festzustellen. Zu diesem Zweck schlagen wir folgenden Weg ein.

Wie die neueste Wissenschaft mit Recht betont, besteht jeder vermögensrechtliche Vertrag, wenn wir uns auf den Standpunkt des einen gewissen Vermögenswerth Zuwendenden stellen, aus zwei, psychologisch unzertrennlichen Bestandtheilen: aus der Zuwendung an sich und dem juristischen Zwecke (der causa) der Zuwendung [93]). Und zwar muß behauptet werden, daß die causa der Zuwendung immer in der Person Desjenigen liegen muß, welcher die Zuwendung erhalten soll. Und umgekehrt: die Bezielung eines rechtlichen Zweckes durch eine Werthzuwendung ist nur so möglich, daß man diese Zuwendung grade Dem macht, welchem gegenüber man den Zweck verfolgt. Ich kann z. B. dem A unmöglich einen Vermögenswerth zuwenden, um damit den X zu beschenken. Hiergegen könnte man sofort einwenden, es sei ja doch z. B. möglich, daß ich an *A* 100 darum leiste, weil X ihm dieselben schuldig ist, und daß ich durch jene Leistung den *X* beschenken wolle. Allein Das, Was hier äußerlich betrachtet als Leistung an den *A* erscheint, ist wirthschaftlich in der That eine Zuwendung an den (beschenkten) *X*, und zugleich eine Zuwendung aus Dessen Vermögen an den A. Meine Zuwendung an den X liegt darin, daß ich Demselben erspare, dem A 100 aus seinem (bisherigen) Vermögen zu geben; die Zuwendung aus dem Vermögen des X an den A liegt darin, daß jenes Vermögen die äußere Vergrößerung, welche meine Schenkung an und für sich bewirkt hätte, nicht erfährt, daß statt Dessen jene äußere Vergrößerung vielmehr im Vermögen des *A* eintritt [94]).

---

[93]) Vgl. Bähr, Anerkennung § 3; Ihering, Geist des R. R. Theil III, Abth. 1, § 55; Schloßmann, Zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge (Breslau 1868), bes. S. 28—61; Fitting, Archiv für civ. Praxis Bd. 52 (1869) S. 389—399; Hofmann, die Lehre vom titulus und modus adquirendi u. s. w. (Wien 1873) S. 80 ff.; Buhl, Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrage (Heidelberg 1875) S. 1—4.

[94]) Vgl. Was die berühmte L. 3 § 12 D. de don. inter vir. et ux. (24, 1) in einem ähnlichen Falle sagt: «— — — eum rei gestae ordinem

Die erstere Zuwendung geschieht donationis, die letztere geschieht solvendi causa. Es bleibt also auch in diesem Falle wahr, daß jede (wahre) ökonomische Zuwendung immer an die Person erfolgt, gegenüber welcher die causa der Zuwendung besteht. Meine Leistung an den A bildet den äußeren Effektuirungsmodus zweier Werthzuwendungen (zweier „indirekter Vermögensleistungen": Windscheid, Pand. § 412), von denen eine jede ihre causa in der Person des Empfängers hat.

Im Wesentlichen grade so, wie im eben beschriebenen Fall, gruppiren sich die Werthzuwendungen im Falle der Assignation [95]), also der Doppelanweisung, wodurch der Assignat eine reelle Leistung an den Assignatar vorzunehmen, der Assignatar dieselbe vom Assignaten zu empfangen geheißen wird. Aeußerlich geht eine Leistung des Assignaten an den Assignatar vor sich. Aber die wirklichen und wahren Zuwendungen gehen vor sich aus dem Vermögen des Assignaten in das des Assignanten und aus dem letzteren in das des Assignatars. Denn einerseits erklärt der Assignant dem Assignaten, daß er Dessen Leistung an den Assignatar als ihm (dem Assignanten) selbst gemachte Zuwendung gelten lasse; andrerseits erklärt der Assignant dem Assignatar, daß er die demselben vom Dritten zu machende Leistung als eine von ihm (dem Assignanten) selbst gemachte Zuwendung ansehe.

Die kausalen Verhältnisse, welche sich mit den beiden Zuwendungen verknüpfen, können so mannichfaltig sein, wie sonst

---

futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari. — — —» So wenig ich die Ulpian'sche „Durchgangstheorie" bezüglich des Eigenthums lobenswerth finde (vgl. Ihering, Jahrbb. für Dogm. Bd. 2 S. 144—149), so wenig richtig wäre sie vom Standpunkte der Werthzuwendung. Das Eigenthum geht direkt von mir auf A über. Und die Werthzuwendung, die ich an X mache, geht nicht durch ihn hindurch, sondern bleibt an ihm haften; daneben geht gleichzeitig aber eine Werthzuwendung aus dem Vermögen des X in das des A vor sich. In diesem Sinne ist die «celeritas conjungendarum inter se actionum» richtig.

[95]) Vgl. über diesen Begriff Puchta, Pand. § 326.

auch. Der Assignat kann dem Assignant den betreffenden Werth donationis, dotis, conditionis implendae, obligandi, transigendi, solvendi causa u. s. w. zuwenden; dieselben unendlich mannichfaltigen Zwecke kann der Assignant dem Assignatar gegenüber verfolgen. (Vgl. statt Aller Windscheid, Pand. § 412 Anm. 1, 2 und 9.) Und zwar machen sich die obwaltenden Kausalmomente prinzipmäßig nur unter den Personen geltend, zwischen welchen sie bestehen: nicht nur wenn sie sich in Ordnung befinden, sondern auch, wenn Das nicht der Fall und folglich eine Kondiktion möglich ist (vgl. Windscheid, a. a. O. Anm. 10).

Was uns nun an vorstehenden Ausführungen besonders interessirt, ist Dieses, daß der Thatbestand der wahren und wirklichen Zuwendungen sich dem ungeübten Auge verschleiern kann — daß durch die «celeritas actionum» (Anm. 94) nicht blos «una», sondern in der That duae actiones sich verstecken können. Gehen ja doch bei der Assignation sowohl die Werthübertragung aus dem Vermögen des Assignaten in das des Assignanten, als auch diejenige aus dem Vermögen des Assignanten in das des Assignatars dem oberflächlichen Betrachter auf in der farb- und charakterlosen Leistung des Assignaten an den Assignatar.

Eine völlig analoge Erscheinung bietet die Delegation. Sie unterscheidet sich von der Assignation lediglich dadurch, daß sie nicht eine reelle Leistung, sondern einen obligatorischen Vertrag hervorrufen will [96]). Im Uebrigen aber ist die Struktur ganz dieselbe. Der, auf Grund der Delegation, zwischen Delegaten und Delegatar abgeschlossene obligatorische Vertrag, welcher äußerlich eine Leistung Jenes an Diesen ist, bildet, wirthschaftlich betrachtet, das Mittel, wodurch in Einem Moment der Delegat dem Deleganten, und Dieser dem Delegatar einen Werth zuwendet. Und auch hier können sich mit beiden

---

[96]) Bekanntlich gebrauchen die Römer den Ausdruck delegatio in einem weiteren Sinn, in welchem er auch die Assignation mit umfaßt. Vgl. Windscheid, Pand. § 353 Anm. 9.

Zuwendungen die verschiedenartigsten Zwecke verbinden. Auch hier endlich äußern die kausalen Momente ihren Einfluß prinzipiell nur unter denjenigen Personen, zwischen welchen sie bestehen. —

Von der Assignation und Delegation aber bis zu unsern Verträgen zu Gunsten Dritter ist meines Erachtens nur Ein Schritt.

Was bei der Delegation [97]) durch den Vertrag zwischen Delegaten und Delegatar bewirkt wird, Dasselbe wird durch den Vertrag zu Gunsten eines Dritten bewirkt.

Auch beim Vertrag zu Gunsten eines Dritten liegen in der That zwei ökonomische Zuwendungen vor: eine Zuwendung des Promittenten an den Promissar, und eine solche des Promissars an den Dritten. Beide wirthschaftlichen Vorgänge vollziehen sich unisono. Und eine jede der beiden Zuwendungen hat, wie Das nicht anders möglich, ihre causa. Und keine wahre Zuwendung geschieht grade dort, wo man dieselbe am Allermeisten erblicken möchte, nämlich von Seiten des Promittenten an den Dritten: nicht Diesem wendet der Promittent den Werth der entstandenen Forderung zu, nicht Diesem rechnet er denselben an, sondern dem Promissar; Dieser wendet den gleichen Werth dem Dritten zu. Bildet auf diese Weise das zu Gunsten des Dritten gegebene Versprechen den Effektuirungsmodus der genannten beiden Zuwendungen, so bleibt gar kein Raum mehr für eine vom Promittenten dem Dritten gemachte Zuwendung; folglich mangelt es unter diesen Personen natürlich auch an jeder causa. Das vom Promittenten dem Promissar gegenüber abgegebene Versprechen bildet, soferne man darin eine Leistung des Promittenten an den Dritten erblicken kann, einen ebenso farb- und beziehungslosen Akt, wie das Versprechen des Delegaten an den Delegatar.

---

[97]) Ich rede im Folgenden der Kürze halber nur von der Delegation, weil sie zu den wichtigsten: den obligatorischen Verträgen zu Gunsten Dritter in Parallele steht. Die Assignation steht aber in ganz derselben Parallele zu den dinglichen Verträgen zu G. D.

Die Beſchaffenheit der causa, welche der Promittent dem Promiſſar gegenüber, und Dieſer dem Dritten gegenüber verfolgt, kann in ſo mannichfaltiger Art gedacht [86]) werden, wie bei allen andern Zuwendungen. —

Daß die im Vorſtehenden entwickelte Auffaſſung für alle oben genannten, ſicheren Fälle der „Verträge zu Gunſten Dritter" zutreffend iſt, davon wird ſich Jeder mit Leichtigkeit ſelbſt überzeugen können. Nur zwei Beiſpiele. Beim Einkauf der Frau in eine Wittwenkaſſe iſt es der Mann, welchem das Wittwenkaſſeninſtitut, als Aequivalent für die geleiſteten Beiträge resp. die gemachte Einlage, den Werth der Forderung zuwendet, welche die Frau erhält; der Mann aber wendet den gleichen Werth der Frau zu. M. a. W.: der Mann betrachtet die Forderung der Frau als eine vom Inſtitut ihm gemachte Gegenleiſtung für ſeine Leiſtungen; und die Frau verdankt die erworbene Forderung, ökonomiſch betrachtet, dem Manne, und nicht dem Inſtitut. Was dem Mann nach römiſchem Rechte nur auf dem Wege der Delegation möglich war, alſo durch (befolgte) Anweiſung des Inſtituts, der Frau zu verſprechen, und (befolgte) Anweiſung der Frau, ſich vom Inſtitut verſprechen zu laſſen — Das iſt heute möglich durch Vertrag zwiſchen dem Mann und dem Inſtitut. — Das andere Beiſpiel bietet für uns deßhalb ein ganz beſonderes Intereſſe, weil in demſelben die nahe Verwandtſchaft mit

---

[86]) Wohl zu merken: „gedacht" werden. Eine ganz andere Frage iſt die, ob das deutſche Gewohnheitsrecht den Vertrag zu Gunſten Dritter ſo weit anerkannt hat, daß alle denkbaren kauſalen Beziehungen bei demſelben auch zuläſſig ſind. Die Beantwortung dieſer Frage liegt uns ebenſo fern, wie die Unterſuchung, ob das Gewohnheitsrecht die Verträge zu G. D. prinzipiell, oder nur in beſtimmten einzelnen Erſcheinungsfällen anerkannt hat. Es muß aber (gegen Buſch, Unger und Gareis) mit Energie darauf hingewieſen werden, daß die allgemeine Struktur des Vertrags zu G. D. jede Art von kauſalen Beziehungen verträgt, in specie, daß jene Struktur durchaus nicht erfordert, daß der Promiſſar dem Dritten gegenüber grade eine liberale causa verfolge (vgl. Note 99). Der Umfang aber, in welchem die Rechtsordnung die Verträge zu G. D. wirklich anerkannt hat resp. anerkennen ſoll, beſtimmte resp. beſtimmt ſich natürlich nach praktiſchen, ethiſchen und ſozialen Momenten, nicht nach der bloßen konſtruktiven Möglichkeit.

der Delegation uns ganz nahe gelegt wird. Es ist der Fall der schon oben angeführten L. 3 C. de donat. quae sub modo (8, 55), also der Fall der Schenkung, die mit der Auflage geschieht, daß die Sache nach Ablauf einer gewissen Zeit an einen Dritten herausgegeben werde. Da die Stelle sagt:

> «— — — — Sed quum postea benigna juris interpretatione divi principes ei, qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint ———»,

und da diese «utilis» actio nach unserer früheren Ausführung eine utilis actio ex stipulatu ist, so liegt die Sache also offenbar in jeder Beziehung so, als ob auf Anstoß des Schenkers zwischen dem Promittenten und dem Dritten ein obligatorischer Vertrag geschlossen, m. a. W. als ob eine Delegation ausgeführt worden wäre. Die «utilis» actio hat, wie früher gezeigt, dieselbe Selbstständigkeit, wie eine Klage aus wirklicher, auf Grund einer Delegation erfolgten Stipulation. Und wie der Delegat dem Deleganten durch das dem Dritten gegenüber abgegebene Versprechen, so wendet in proposito der (Erst-) Beschenkte dem Schenker durch das ihm gegenüber abgegebene Versprechen den Werth zu, welchen die Forderung des Dritten bildet. Und gleichen Werthbetrag wendet, grade wie der Delegant dem Delegatar, so in proposito der Schenker dem Dritten zu. — [99]).

---

[99]) Ein weiteres Eingehen auf die Verträge zu G. D. kann hier nicht erwartet werden. So namentlich nicht die Untersuchung derjenigen (theils römischen, theils deutschen) Fälle, bei denen es zweifelhaft ist, ob ein wirklicher Vertrag zu G. D. (im eben festgestellten Sinne) vorliege. Doch glaube ich, durch obige Ausführungen wenigstens Fingerzeige gegeben zu haben. Hervorheben möchte ich nur Dieses, daß, vom Standpunkte allgemeiner Betrachtung aus, Nichts im Wege steht, auch diejenigen Fälle zu den Verträgen zu G. D. zu rechnen, wo der Dritte zugleich Etwas verlieren soll; so z. B. den Fall der privativen Schuldübernahme, sofern diese durch Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner geschieht. Nur bedarf es in solchen Fällen selbstverständlich der Genehmigung des Dritten. Eine andere Frage freilich ist die, ob solche Verträge zu Gunsten Dritter (schon jetzt) positiv anerkannt sind.

Nunmehr haben wir uns den Weg gebahnt, um die Frage nach dem Unterschiede der Stellvertretung von den Verträgen zu Gunsten Dritter mit aller Bestimmtheit zu beantworten.

Bei der Stellvertretung macht der Promittent durch das dem Stellvertreter gegenüber abgegebene Versprechen dem Dritten (dem Prinzipal des Stellvertreters) eine ökonomische Zuwendung; diesem Dritten gegenüber verfolgt er also auch eine (liberale oder oneröse) causa. Der Stellvertreter bewährt sich also auch hier als Einer, welcher das Selbstkontrahiren des Prinzipals wirklich und wahrhaft ersetzt. Eine Zuwendung des Promittenten an den Stellvertreter liegt ebensowenig vor, wie (nothwendigerweise)[100]) eine Zuwendung des Stellvertreters an den Prinzipal. Im Vertrag zu Gunsten eines Dritten[101]) aber sind zwei wirthschaftliche Zuwendungen enthalten, eine solche des Promittenten an den Promissar und eine solche des Promissars an den Dritten. Jede der beiden Zuwendungen hat natürlich ihre causa. Eine Zuwendung des Promittenten an den Dritten (und folglich ein kausales Verhältniß zwischen Beiden) liegt nicht vor.

Nunmehr erst ist es klar, inwiefern wir sagen dürfen,

---

[100]) Nur möglicherweise liegt diese vor, m. a. W. es kann sein, daß der Stellvertreter Etwas aus seinem Vermögen für den Prinzipal aufgeopfert hat. Z. B. er hat den Kaufpreis an den Dritten erlegt, oder er hat eigenes Geld auf Namen des Prinzipals ausgeliehen.

[101]) Da wir uns überzeugt haben, daß er sich auch in der vorliegenden Gestalt, wo also der Dritte unmittelbar berechtigt werden soll, von der Stellvertretung scharf unterscheidet, so ist die Folge, daß nun zwei Vertragsfiguren auf den Namen „Vertrag zu Gunsten Dritter" Anspruch erheben: die vorliegende Figur, und diejenige, wo der Dritte blos in solutione ist (s. oben I, 1). Es ist aber, zur Vermeidung von Verwechslungen, die Beschränkung der Bezeichnung auf Eine der beiden Figuren räthlich. Und da ist nun klar, daß die eben vorliegende Figur das Vorrecht auf jene Bezeichnung hat. Denn nur hier erhält der Dritte durch den Vertrag eine juristische Gunst, ein Recht. Wo dagegen der Dritte blos in solutione ist, da ist die demselben durch den Vertrag erwiesene „Gunst" höchstens eine faktische: juristisch betrachtet, handelt der Promissar hier zu seinen eigenen Gunsten; erst durch die Erfüllung (Seitens des Promittenten) an den Dritten erlangt Dieser vom Promissar eine juristische Zuwendung.

daß der Stellvertreter ein „fremdes Geschäft", der zu Gunsten eines Dritten Kontrahirende dagegen ein „eigenes Geschäft" vornimmt [102]). Da der Stellvertreter eine Zuwendung des Promittenten an den Dritten bewirkt, so bewirkt er grade Dasjenige, Was bei normalem Hergange der Dritte (der Prinzipal) selber bewirkt hätte: bei normalem Hergange hätte Dieser selber mit dem Promittenten kontrahirt und sich auf diese Weise die Zuwendung des Promittenten verschafft. Wer dagegen zu Gunsten eines Dritten kontrahirt, bewirkt Etwas, Was zu bewirken bei normalem Hergange grade ihm (nicht dem Dritten) zukommt: nämlich (1.) zu acceptiren die Zuwendung des Promittenten an ihn, und (2.) vorzunehmen die eigene Zuwendung an den Dritten. Darum nimmt er kein fremdes „Geschäft" vor, sondern ein eigenes; denn Wem Anders sollte jenes Doppelgeschäft zukommen, als Ihm selbst? Was an seiner Handlung eigenthümlich ist, ist nur Dieses, daß er durch Einen Akt zwei Zuwendungen zu Stande bringt; die Eine, indem er sie annimmt, die Andre, indem er sie macht. Daß **Er selbst** aber jene Handlung vornimmt, ist blos natürlich. —

Endlich wird es jetzt keinem Mißverständniß ausgesetzt sein, wenn wir behaupten: Bei der Stellvertretung handelt es sich um ein eingliedriges, beim Vertrag zu G. D. um ein zweigliedriges Geschäft. Und: Bei der Stellvertretung handelt es sich um einen Vertrag bei dessen normaler Erscheinung nur zwei Personen in irgend welchen „Betracht" kommen; daß noch Jemand (der Stellvertreter) in's Spiel kommt, ist Zufall. Der Vertrag zu Gunsten Dritter dagegen ist schon in seiner normalen Erscheinung auf drei „in Betracht kommende" Personen angelegt.

---

[102]) Die juristische Handlung — Das muß wiederholt werden — nehmen Beide vor.

§ 3. Definition der Stellvertretung. — Die Vollmacht.

Auf Grund der in den beiden vorigen §§ gepflogenen Betrachtungen dürfen wir nun also definiren:

Stellvertretung (im Rechtssinne) liegt vor, wenn Jemand ein Rechtsgeschäft [103]) auf fremden Namen, d. h. in der erkennbaren Absicht vornimmt, die Vornahme desselben durch einen Andern zu ersetzen; vorausgesetzt, daß zu diesem Erfolge jene erkennbar darauf gerichtete Absicht, also Handeln auf fremden Namen, rechtlich erfordert ist. [104]) — [105]).

Damit aber die Stellvertretung ihre Absicht erreiche, be-

---

[103]) Oder einen Theil desselben, z. B. die Offerte, die Entgegennahme der Offerte, die Acceptation, die Entgegennahme der Acceptation.

[104]) Gegensatz: Rechtserwerb durch Gewaltunterworfene.

[105]) Der Uebersicht wegen wollen wir hier den Versuch machen, die mannichfaltigen Fälle, wo bei einem Rechtsgeschäfte Jemand in fremdem Interesse, oder doch mit Bezugnahme auf einen Andern thätig ist, richtig zu gruppiren. In Gemäßheit des in den beiden vorigen §§ Ausgeführten unterscheiden wir folgendermaßen:

A. Thätigkeit **außerhalb** eines Rechtsgeschäfts. (Rein **faktische** Thätigkeit.)

I. Die Gehülfen in der rechtsgeschäftlichen Beschlußfassung (Advokat, Konzipient, Mäkler u. s. w.).

II. Diejenigen Gehülfen in der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, welche dem Prinzipal lediglich dadurch behülflich sind, daß sie ihn im Gebrauche der von ihm auserkorenen Erklärungsorgane unterstützen.
Beispiel: Der Ueberbringer eines Briefes.

B. Thätigkeit **innerhalb** eines Rechtsgeschäfts. (**Juristische** Thätigkeit.)

I. Thätigkeit, ohne daß rechtsgeschäftliches Wissen oder Wollen nöthig ist. Hierher gehören diejenigen Gehülfen in der Willenserklärung, welche die vom Prinzipal auserkorenen Erklärungsorgane sind.
Beispiel: Der zur Selbstausrichtung beauftragte Bote.

II. Thätigkeit mit rechtsgeschäftlichem Wissen (ohne Wollen). Dahin zählt z. B. der Solennitätszeuge; der nothwendig zugezogene Notar oder Richter, wenn dieselben blos eine gewisse Kenntniß zu nehmen haben (wie bei Testamenten oder bei der Insinuation großer Schenkungen).

darf der Stellvertreter einer desfallsigen juristischen Qualität; diese Qualität nennen wir Vollmacht. Vollmacht ist also die rechtliche Macht zu wirksamer Stellvertretung; m. a. W. die rechtliche Fähigkeit, durch Vornahme eines Rechtsgeschäfts auf Namen eines Andern dieselben juristischen Wirkungen hervorzubringen, wie wenn dieser Andre das Rechtsgeschäft Selber vorgenommen hätte.

Ueber den Begriff der Vollmacht genügen, in Anbetracht des Standes der heutigen Doktrin, folgende Bemerkungen.

III. Thätigkeit mit rechtsgeschäftlichem Wissen und Wollen.
1) Willenserklärung außerhalb des Haupt-Rechtsgeschäfts (Konsens).
a. Aus Gründen, die in der Person des Haupthandelnden liegen.
Beispiele: Konsens des curator minoris, gerichtliches decretum de alienando, Konsens des Hausvaters zu Darlehensaufnahmen.
b. Wegen mangelnden oder mangelhaften Rechts des Haupthandelnden (z. B. Konsens des Eigenthümers zur Veräußerung oder Belastung der Sache durch einen Nichteigenthümer — Konsens des Pfandgläubigers zur [pfandfreien] Veräußerung der Sache).
2) Mithandeln im Haupt-Rechtsgeschäft: auctoritatis interpositio des tutor.
3) Selbstständiger Abschluß des Haupt-Rechtsgeschäfts.
a. So daß ein Dritter direkt berechtigt resp. verpflichtet wird.
α. Stellvertretung.
β. (Aechter) Vertrag zu Gunsten eines Dritten (vgl. Anm. 101).
b. So daß der Dritte direkt nicht berechtigt resp. direkt nicht verpflichtet wird.
α. Der Dritte ist in solutione (s. oben § 2, I, 1).
β. Das Geschäft ist auf Rechnung des Dritten, also durch eine Zwischenperson abgeschlossen worden. (Natürlich kann sich dieser Fall mit dem Falle α kombiniren. Nothwendig ist Das aber nicht: einerseits kann der Dritte in solutione, und das Rechtsgeschäft dennoch im eigenen Interesse [auf eigene Rechnung] des Handelnden abgeschlossen sein; andrerseits kann die Zwischenperson das Rechtsgeschäft abschließen, ohne den Dritten auch nur als Leistungsempfänger zu bezeichnen.)

1) Daß der Begriff des Auftrages von dem der Vollmacht genau zu trennen ist, bedarf nur der Erwähnung. Vgl. statt Aller Laband a. a. O. S. 203—214.

2) Auszuscheiden sind ferner die Fälle, wo Jemand dazu ermächtigt ist, sei es über die eigene oder über eine fremde [105a]) Rechtssphäre, auf eigenen Namen zu verfügen (Beispiel für den ersten Fall: Konsens des Kurators — für den zweiten: Konsens des Eigenthümers). Sprachlich zwar steht dem Ausdrucke „Vollmacht" auch hier Nichts im Wege. Da aber das Bedürfniß eines technischen Ausdrucks für die Macht zu erfolgreicher Stellvertretung unleugbar besteht, und da Wissenschaft und Leben offenbar geneigt sind, bei „Vollmacht" nur an solche Macht zu denken, so ist an dieser Bezeichnung festzuhalten.

3) Auf welchem rechtlichen Momente die Vollmacht beruht, ist für ihren Begriff gleichgültig [106]). Die Vollmacht kann beruhen:

a) Auf einer (generellen oder speziellen) Bevollmächtigung, also auf einer, dem vom Stellvertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte vorausgehenden Erklärung des Prinzipals selbst. Mit Regelsberger (krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 369) und Brinz (Pand. S. 1620) dürfen wir annehmen, daß die

---

[105a]) In diesem Falle kann in der Ermächtigung zugleich ein Auftrag liegen (z. B. wenn die Verfügung auf Rechnung des dazu Ermächtigenden gehen soll). Nothwendig ist Das aber nicht. Wenn z. B. A mich ermächtigt, sein Grundstück auf meinen eigenen Namen zu veräußern und den erlösten Kaufpreis als Geschenk von ihm zu behalten, so ist Das weder Bevollmächtigung noch Auftrag.

[106]) In dieser Beziehung besteht keine feste Terminologie. Die Meisten denken bei Vollmacht nur an die durch den Prinzipal erfolgende, und zwar an die dem Rechtsgeschäfte vorangehende, Ermächtigung, also nicht unmittelbar an die Macht des Stellvertreters, sondern an einen einzelnen Grund dieser Macht. (Vgl. Windscheid, Pand. § 74; Unger, österr. Privatrecht Bd. 2 § 90 S. 139; Arndts, Pand. § 77.) Hiernach würde es an einer einheitlichen Bezeichnung für die rechtliche Macht aller zur Stellvertretung Befugten mangeln. Nur Wenige gebrauchen das Wort „Vollmacht" (mit Recht) zu dieser einheitlichen Bezeichnung (z. B. Brinz, Pand. S. 1618, 1619; Curtius, a. a. O. S. 78—82).

Bevollmächtigung ein einseitiger Akt des Prinzipals, kein Bevollmächtigungsvertrag ist. Dagegen ist u. E. darauf zu dringen, daß jene einseitige Erklärung dem Bevollmächtigten zugekommen ist, derselbe also im Hinblicke auf die Bevollmächtigung handelt [107]). Ueberflüssig ist nur, daß er sie acceptirt hat. [107a]) [107b]). — Was die römische Bezeichnung der Bevollmächtigung betrifft, so bedeutet das Wort mandatum sowohl die Bevollmächtigung, wie den Auftrag (aus welchem ein Obligationsverhältniß zwischen Mandanten und — bevollmächtigtem oder unbevollmächtigtem — Mandatar entspringt). Lediglich „Auftrag" bedeutet «mandatum» z. B. in dem Ausdrucke «actio mandati» (directa und contraria). Vergleicht man dagegen Stellen, wie z. B. L. 42 § 1 D. de a. v. o. p. («Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem — — —») oder L. 3 § 7 D. de B. P. («Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum vel per alium. Quod si me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, cum ratum habuero id quod actum est — — —»), so wird klar, daß unter dem «mandatum» möglicherweise eine, mit dem Auftrage verbundene, Bevollmächtigung inbegriffen ist [108]). Zu ganz klarer Erfassung oder gar Formuli-

---

[107]) Denn sonst kann eben nicht gesagt werden, daß er domino mandante (L. 42 § 1 D. de a. v. o. p. [41, 2], L. 3 § 7 D. de b. p.) oder dergl. gehandelt hat.

[107a]) Freilich schwindet nach dem Gesagten die Differenz der beiden Ansichten auf fast Nichts zusammen: denn durch Handeln im Hinblick auf die Bevollmächtigung acceptirt sie der Stellvertreter. Immerhin können sich einzelne Verschiedenheiten ergeben. So z. B. würde die, angeblich erforderte, Acceptation, wenn man auf sie die „Vernehmungstheorie" anwendet, dem Prinzipal bekannt werden müssen, um juristisch wirksam zu sein.

[107b]) Gültige Bevollmächtigung muß übrigens auch dann anerkannt werden, wenn dieselbe zwar nicht dem Stellvertreter selbst, aber dem Dritten, der mit ihm das Rechtsgeschäft schließen soll, zugegangen ist. S. L. 12 § 2, L. 18 D. de soll. (46, 3).

[108]) Es bedarf übrigens nur der Erwähnung, daß, wie Auftrag ohne Bevollmächtigung, auch Bevollmächtigung ohne Auftrag denkbar ist.

rung des Unterschieds ist es freilich bei den Römern nicht gekommen.

b) Die Vollmacht kann ferner beruhen auf einem öffentlichen Amte (z. B. Staatsamt, Gemeindeamt, Vormundschaft)[109]).

c) Auf der Verfassung einer juristischen Person (Beispiel: der statutenmäßige Vorstand)[110]).

d) Auf väterlicher Gewalt (Beispiel: Pupillarsubstitution des neueren R. R.).

e) Besteht keiner der genannten Vollmachtsgründe (a—d), m. a. W. keine auf irgend welchem besonderen Momente beruhende Beziehung des Stellvertreters zum Vertretenen, so liegt eine stellvertretende negotiorum gestio vor. Hier aber ist noch zu unterscheiden: α) In gewissen Fällen erkennt die Rechtsordnung das allgemeine Verhältniß des Menschen zum Mitmenschen als hinreichenden Grund der Vollmacht an (z. B. bei der Erfüllung). β) Regelmäßig aber ist zur Herstellung der Vollmacht Ratihabition Seitens des Vertretenen erfordert.

Vgl. unten § 6.

§ 4. Die positive Zulässigkeit der Stellvertretung.

A. Daß nach römischem Rechte Stellvertretung prinzipiell unzulässig war, darf als feststehend betrachtet werden. Um so mehr ist es für uns von Interesse zu wissen, ob und welche Ausnahmen das R. R. zugelassen hat.

I. Die Möglichkeit der Stellvertretung beim Erwerb des Besitzes (und hiermit auch des, durch Besitzerwerb bedingten, Erwerbs des Eigenthums) durfte man nach dem Stande der Wissenschaft bis vor Kurzem als sicher betrachten[111]). Eine abermalige Prüfung ist nur darum erforderlich, weil neuestens eine

---

[109]) Der Privatbeamte fällt unter a).

[110]) Der von diesem Vorstande ernannte Beamte dagegen fällt wiederum sub a).

[111]) Vgl. Windscheid, Pand. § 155 Anm. 9 (4. Aufl.) und die daselbst Zitirten.

gewichtige Stimme wiederum gegen jene Möglichkeit ſich hat vernehmen laſſen. Brinz, welcher in ſeinem Lehrbuche Anfangs (S. 66—69) für die Möglichkeit war, hat ſich in letzter Stunde (S. 1596, 1597, 1601—1604, 1605—1607; vgl. auch S. 1320), wenn auch nach langem Schwanken, gegen dieſelbe erklärt. Brinz nimmt an, auch das neueſte R. R. verlange eigenen Beſitzwillen des Vertretenen; die Vertretung betreffe in der That nur das corpus (*Paull., R. S.* V, 2, § 1). Ein Generalmandat ſei alſo nicht genügend; es müſſe hier der wirkliche und wahre Beſitzwillen, in Geſtalt der Ratihabition, noch erfolgen. Spezialmandat ſei zwar genügend, enthalte aber den (eigenen) animus possidendi. Stellvertretung durch einen Mandatar ſei alſo beim Beſitzerwerb nicht möglich geweſen. „Aber ſelbſt für den Beſitzerwerb durch Tutoren, Kuratoren, Syndici dürfte daſſelbe gelten; denn hier iſt der animus possidendi auf Seite des Erwerbers vielmehr nachgelaſſen, als durch den Vertreter erſetzt." (S. 1604). —

So Brinz.

Faſſen wir nun

1) das zuletzt Erwähnte in's Auge, ſo bedarf Das wohl keiner ernſtlichen Widerlegung. Haben die Römer, wenn auch zögernd, den Beſitzerwerb für juriſtiſche Perſonen und Bevormundete zugelaſſen, ohne daß dieſelben irgend welchen Willen erklären, ja meiſt ohne daß ſie irgendwie willensfähig ſind (L. 1 § 20, 22, L. 2 D. de poss., L. 13 § 1 D. de A. R. D.), braucht m. a. W. nur der Vormund pp. zu wollen [112]), der Bevormundete pp. aber nicht, ſo heißt Das doch wohl ohne allen Zweifel: der Bevormundete pp. braucht deßhalb nicht zu wollen, weil der Vormund gültigerweiſe ſtatt ſeiner wollen kann; „nachgelaſſen" iſt das Wollen des Bevormundeten pp. eben

[112]) Daß in L. 1 § 20 cit. der Ausdruck «operam dumtaxat suam accomodarent» nicht auf eine bloße Beihülfe, ſondern auf ſelbſtſtändige Handlung zu beziehen iſt, hat Brinz ſelbſt richtig bemerkt (S. 1597). Ebenſowenig natürlich kann uns Anſtoß erregen der Ausdruck «quia non habeat animum possidentis»: Das ſoll offenbar nur heißen, der Vormund habe nicht den animus rem sibi possidendi.

deßhalb, weil das Wollen des Vormunds pp. jenes Wollen erſetzt.

Faſt ſcheint es, als habe hier Brinz das alte «principiis obsta» momentan gänzlich außer Augen gelaſſen.

2) Heikler iſt nun freilich die Frage, ob nicht beim Beſitzerwerb durch einen Mandatar das R. R. am Prinzipe der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung feſtgehalten, alſo erfordert hat, daß eigener animus und (Was wir für davon unzertrennlich erklären müſſen) eigenes corpus des Mandanten entfaltet werden — oder ob auch hier wahre Stellvertretung anerkannt, corpus und animus alſo nur in der Perſon des Mandatars verlangt, in der Perſon des Mandanten dagegen bloße Bevollmächtigung erfordert iſt. In Anwendung auf die ſtellvertretende negotiorum gestio lautet die Frage ſo: Muß der Prinzipal ſelbſt, durch Ratihabition, den Beſitzwillen erklären[113]), und muß Er ſelber das corpus erlangen — oder genügt es, wenn der negotiorum gestor animus und corpus entfaltet, ſo daß alſo die Ratihabition kein Beſtandtheil des Erwerbaktes ſelbſt, ſondern nur die erforderliche Zuſtimmung zu dem (perfekten) Erwerbakte iſt, um demſelben die beabſichtigte Wirkung[113a]) zu verleihen?

Der Grundgedanke in der Theorie von Brinz iſt nun, wie ſchon bemerkt, der, daß der Beſitzerwerb durch Vermittlung Dritter eine blos theilweiſe Vertretung, nämlich nur im corpus, nicht volle Stellvertretung ſei. Den animus possidendi müſſe der Prinzipal ſtets ſelbſt haben: im Falle des Spezialmandats habe er ihn in der That; Generalmandat dagegen genüge nicht, es müſſe hier der Beſitzwille alſo, in Geſtalt der Genehmigung, nachfolgen.

Hiergegen muß nun aber

a) Zuvörderſt Dieſes bemerkt werden, daß eine Vertheilung von corpus und animus, alſo von Wille und phyſiſcher

---

[113]) Wozu erforderlich ſein würde, daß der Prinzipal von der Ergreifung einer beſtimmten, ihm bekannten Sache benachrichtigt worden iſt.

[113a]) Beſtehend in der Begründung des jus possessionis in der Perſon des Prinzipals.

Gewalt, auf verschiedene Personen u. E. geradezu einen inneren Widerspruch enthält. Wille und Willensäußerung sind, wie wir schon früher zu bemerken Gelegenheit hatten, Momente, die sich so innig durchdringen, daß sie schlechterdings nur in derselben Person vereint vorliegen können. Beim Besitzerwerb aber ist diese Wahrheit sogar ganz besonders augenfällig. Nicht blos im „Instinkt der Konzentration der Geschäfte" (vgl. Brinz, S. 1606) liegt es, daß der animus possidendi und die That der Apprehension zusammentreffen müssen; bewußtes Nachdenken führt zu derselben Einsicht.

Wohl ist es möglich, daß ein bei der Sache Gegenwärtiger sich der Hülfe eines Andern bedient, um Besitzer zu werden: Hier liegen aber animus und corpus in der Person des Prinzipals vor: Da der Gehülfe die Sache zur Verfügung des Prinzipals hat, so erlangt Dieser die physische Gewalt [114]). Ist aber der Prinzipal im entscheidenden Momente abwesend von der Sache, so kann Gewalt und (entscheidender) Wille nur in der Person des Vertreters gedacht werden. Daß der Prinzipal keine (eigene) Gewalt über die abwesende Sache erlangen kann, ist klar. Aber auch sein angeblicher animus possidendi existirt juristisch gar nicht; denn es würde ihm an der nothwendigen Objektivirung mangeln [115]). Er schrumpft in der That zusammen zu einem außerhalb der Erwerbshandlung stehenden Willen, zur Bevollmächtigung. Es ergiebt sich Das auch daraus, daß es zum wirklichen Besitzwillen an dem nöthigen Bewußtsein fehlt. Auch dem Spezialmandanten mangelt es im entscheidenden Momente an dem Bewußtsein, daß die Sache nun-

---

[114]) L. 1 § 21 D. de poss.: «Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare. Non est enim corpore et tactu necesse adprendere possessionem, sed etiam oculis et affectu». «Corpus» bedeutet in dieser Stelle nicht physische Gewalt, sondern nur die gröbste Art, wie man physische Gewalt (corpus in diesem Sinn) erlangen kann.

[115]) Vgl. auch L. 3 § 3 D. de poss.: «— — — solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. — — —»

mehr wirklich in Besitz genommen werde. — Und andererseits kann die physische Gewalt des Vertreters nicht anders gedacht werden, denn als eine wissentliche und willentliche. „Physische Gewalt" ist ja kein bloßes Raumverhältniß, sondern ein gewußter und gewollter Zustand. Und in der That ist der Vertreter Derjenige, welcher im entscheidenden Augenblick den erforderlichen Entschluß faßt; das erhaltene Mandat bildet für ihn nur den Anstoß zu jenem Entschluß.

Das Gesagte gilt vom Falle des speziellen Mandats sowohl, wie von dem des generellen. Auch im ersteren Falle liegt in der That blos Bevollmächtigung, also Ermächtigung zur Stellvertretung, kein eigener animus possidendi des Prinzipals vor. Folglich besteht für die Rechtsordnung jedenfalls kein innerer Grund, zwischen beiden Fällen einen Unterschied in der Zulässigkeit zu machen. Und konsequenterweise ist dann zu erwarten, daß im Falle der stellvertretenden negotiorum gestio die Ratihabition nicht die Bedeutung des animus possidendi, sondern lediglich die der Zustimmung zur (fertigen) Besitzergreifung habe. — [116])

b) Daß nun die Römer in der That — wenngleich zögernd — auch im Falle des Mandats wirkliche und wahre Stellvertretung im Erwerbe des Besitzrechts (s. Note 116) zugelassen haben, insbesondere auch Erwerb durch einen Generalmandatar (wo jeder Gedanke an eigenen animus possidendi des Prinzipals schwinden muß), ist in vielen Stellen klar ausgesprochen.

Vgl. bes. § 5 J. per quas pers. (2, 9), L. 1 § 20, L. 49 § 2 D. de poss. (41, 2), L. 41, 47 D. de usurp. (41, 3), L. 1, 8 C. de poss. (7, 32).

---

[116]) Das Wesen der Stellvertretung kommt beim Besitzerwerb in der Weise zur Anwendung, daß der Stellvertreter eigenes corpus und eigenen animus entfaltet, und dadurch die possessio im Sinne von thatsächlicher Beherrschung der Sache Selber erlangt, daß aber hierdurch der Prinzipal das jus possessionis, die possessio in diesem Sinn, erwerben soll, gerade so, wie wenn er selbst corpore et animo die thatsächliche Beherrschung erlangt hätte. — Ohne Beachtung jenes Doppel- [illegible] von «possessio» ist m. E. eine klare Einsicht in die Besitzlehre [illegible]öglich.

Bei der vielfältigen Beſprechung, welche die vorliegende Frage bereits gefunden hat, beſchränke ich mich auf die Hervorhebung folgender Punkte. (1.) Keine jener Stellen macht irgend einen Unterſchied zwiſchen General- und Spezialprokurator. (2.) Wenn § 5 J. cit. ſagt: «— — — placet non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem — —» (vgl. L. 1 C. cit., L. 49 § 2 D. cit., L. 47 D. cit.), ſo iſt zwar zugegeben, daß von „Ignoranz" auch dann geſprochen werden kann, wenn ein Spezialmandat ertheilt iſt; denn der Mandant weiß immerhin im Momente der Beſitzergreifung Nichts davon. Aber noch mehr und noch eher denkt man bei «ignorantibus» doch gewiß an Generalmandanten [117]). Ja, ſollte nicht § 5 cit. unter den «ignorantes» grade blos die Generalmandanten, unter den «scientes» die Spezialmandanten begreifen? — (3.) iſt zu betonen, daß der Ausdruck «procurator» grade regelmäßig den Generalprokurator bedeutet (ſ. L. 1 § 1 D. de proc. [3, 3]). Wäre es nicht wahrhaft unverantwortlich geweſen, wenn die Römer von Beſitzerwerb durch einen «procurator» geſprochen und grade den procurator im engeren Sinn nicht gemeint hätten? — (4.) Ferner aber möchte ich noch Folgendes hervorheben. In L. 41 D. de usurp. cit. ſagt Neratius, alſo ein Juriſt, der über 100 Jahre vor dem Erſcheinen der Konſtitution von Sever und Antonin (L. 1 C. cit.) lebte: «— — — quamvis per procuratorem possessionem apisci nos jam fere conveniat — — —». Damit vergleiche man

---

[117]) Daß die Römer den Ausdruck «ignorantes» gerade von Denen gerne gebrauchen, welche gar kein oder doch nur ein allgemeines Geheiß ertheilt haben, Das wird beſonders anſchaulich aus L. 1 § 5 D. de poss., wo zwar nicht von einer Stellvertretung, aber doch auch von einem Falle die Rede iſt, in welchem Urſache und Wirkung auf verſchiedene Perſonen fallen. («Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus — —». «Voluntas» bedeutet hier ein ganz allgemeines Geheiß, trotz deſſen alſo völlige „Ignoranz" bezüglich der wirklichen Erwerbsakte vorliegt: dieſe geſchehen durch corpus und animus des Gewaltunterworfenen (L. 3 § 12 D. eod.).

nun die von demſelben Juriſten ſtammende L. 13 pr. D. de A. R. D.: «Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, adquiritur etiam ignoranti.» Dieſe Stelle ſpricht von einem Spezialmandat; an deſſen Zuläſſigkeit ſcheint, bei der beſtimmten Ausdrucksweiſe des Neratius, ſchon zur Zeit dieſes Juriſten gar kein Zweifel obgewaltet zu haben. (Man beachte auch, daß die Stelle aus ſeinem liber sextus regularum entnommen iſt; «regulae» ſollen doch wohl feſte Rechtsſätze ſein.) Iſt Das aber richtig, dann bleibt für das vorſichtige «jam fere conveniat» der L. 41 cit. (aus dem liber septimus membranarum) grade nur der Fall des Generalprokurators übrig. Nur auf Den bezogen ſich die noch über ein Jahrhundert fortdauernden Zweifel; nur Deſſen Zuläſſigkeit bedurfte der Feſtſtellung durch die L. 1 C. cit. (5.) Schon durch das Geſagte iſt klar, daß der Bericht in § 5 J. cit. («secundum divi Severi constitutionem») nicht dahin aufzufaſſen iſt, daß erſt durch Sever die Stellvertretung im Beſitzerwerb im fraglichen Umfange überhaupt anerkannt worden wäre. Nur feſtgeſtellt worden iſt dieſer Umfang der Zuläſſigkeit. Ganz klar geht Das grade aus der L. 1 C. cit. ſelbſt hervor: («Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam juris prudentia receptum est»). — [118]).

---

[118]) Schließlich iſt noch zu bemerken, daß Brinz (S. 1604) die Beweiskraft der L. 1 § 20 D. de poss. cit., welche den procurator auf Eine Linie mit dem tutor und curator ſtellt, vergeblich dadurch abzuſchwächen verſucht, daß er ſagt: „„Die Vergleichung mit L. 1 § 5 eod. zeigt, daß hier nur die „freien" Vertreter zuſammengeſtellt werden; Detail iſt vorbehalten (arg. L. 1 § 21 eod.).““ Das ſoll offenbar heißen: während im Falle des tutor und curator der animus possidendi bei Dieſen vorliegen müſſe, ſo müſſe er im Falle des procurator beim Prinzipal vorhanden ſein; Letzteres werde in L. 1 § 21 geſagt. Eine ſorgfältige Prüfung des § 21 ergiebt aber, daß darin kein „Detail" des im § 20 behandelten Falles, ſondern ein Gegenſatz zu dieſem Falle vorliegt. Der «procurator» des § 21 iſt ein bloßer Gehülfe des Prinzipals; da freilich hat der

c) Richten wir nunmehr das Augenmerk auf die positiven Gründe, welche Brinz für seine Ansicht in's Feld führt, so stoßen wir vor Allem auf die bekannte Stelle des Paullus, Sent. V, 2 § 1 und 2:

> (§ 1) «Possessionem acquirimus et animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno — — —.»
>
> (§ 2) «Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.»

Den wesentlichsten Stein des Anstoßes bildet für uns § 1, welcher laut und deutlich für die Theorie von Brinz zu sprechen scheint. Ist das «animo utique nostro» wirklich so absolut zu verstehen, wie Brinz meint, dann ist es nur konsequent, wenn dieser Schriftsteller Besitzerwerb durch einen Generalmandatar für unzulässig erklärt; solcher Besitzerwerb bringt das animo nostro in der That „aus den Fugen" (Brinz S. 1603).

Nun stellt aber Paullus nach meiner festen Ueberzeugung das animo nostro nicht für alle Fälle des Besitzerwerbs als Erforderniß auf. Sondern er spricht im § 1 cit. nur von dem Falle, daß der Prinzipal durch seine eigene Handlung Besitz erwirbt. Da freilich muß der Prinzipal den animus haben. Befremdlich könnte nur das «corpore vel nostro vel alieno» scheinen, da nach unserer Ansicht der Prinzipal, wenn er durch eigene Handlung den Besitz erwerben will, eigenen animus und eigenes corpus entfalten muß. In der That

---

Prinzipal selbst den nöthigen animus (und corpus): «Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam — — —». Ganz anders im Falle des wirklichen Stellvertreters (§ 20): Da muß auch nach Paullus der Stellvertreter, nicht der Prinzipal, corpus und animus entfalten (vgl. das im Text Folgende).

aber wird Das von Paullus auch gar nicht geleugnet. Mag der Prinzipal «corpore» suo oder «corpore» alieno erwerben, beidemal ist gedacht an eigene physische Gewalt des Prinzipals, an Dessen eignes «corpus» in diesem Sinn: Paullus will nur sagen, daß der Prinzipal die (eigene) physische Gewalt nicht blos mittelst des eigenen, sondern auch mittelst eines fremden Körpers erlangen könne. Letzterer Fall liegt z. B. dann vor, wenn ein Andrer die Sache in Gegenwart des Prinzipals für ihn empfängt. (L. 1 § 21 D. de poss.)

Gerne gebe ich zu, daß vorstehende Erklärung, wenn man den § 1 cit. für sich betrachtet, nicht jeden Skrupel zerstreut. Daß sie aber in der That richtig ist, ergiebt sich aus folgenden Gründen. (1.) Zunächst ist klar, daß bei dem verhängnißvollen «utique» Paullus nicht gemeint hat die Fälle, wo gar kein Willensakt des Vertretenen nöthig ist, also die Fälle des tutor, curator, Syndikus u. s. w. Sollte er da nicht auch den vom Prinzipal (generell oder speziell) Bevollmächtigten ausgeschieden haben? (2.) Wirklich macht Paullus im § 2 cit. den Uebergang von dem Fall des Erwerbs durch eigene Handlung zu dem Fall des «procurator». Während § 1 sich nur bis zu einem Gehülfen verstieg («corpore alieno»), immer also Besitzwille und physische Gewalt des Prinzipals im Auge hatte, so spricht § 2 von selbsthandelnden Personen («per liberas personas — — per procuratorem»); Die aber müssen Besitzwillen und physische Gewalt Selber haben. (3.) Vollkommene Bestätigung erhält unsere Auffassung durch den ganz ähnlichen Gedankengang des Paullus in der umfangreichen L. 1 D. de poss. Nachdem er hier in den §§ 2—4 vom Besitzerwerbe durch eigene Handlung gesprochen hat, wendet er sich (§§ 5—19) zum Erwerb durch Gewaltunterworfene, und geht dann erst (§ 20) zum Erwerb durch procuratores, tutores und curatores über, wobei er nicht versäumt, sofort vom Stellvertreter den bloßen Gehülfen zu unterscheiden (§ 21; s. oben Anm. 117). Im § 22 kommt er dann zu einem weiteren Fall, wo das animo nostro „aus den Fugen geht", zum Fall der municipes. (4.) Endlich aber glauben wir dafür, daß Paullus sein «animo utique nostro» nur auf den Fall des Erwerbs durch eigene

Handlung des Prinzipals beſchränkt wiſſen will, durch folgende Stelle den direkten Beweis liefern zu können:

> «Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum, nec movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes possidemus, id est, quas servi peculiariter paraverunt: nam videmur eas **eorundem** et animo et corpore possidere» (L. 3 § 12 D. de poss., von Paullus).

Das heißt doch wohl: „Das Erforderniß des eigenen animus possidendi des Prinzipals gilt nur von dem Falle, daß der Prinzipal durch eigene Handlung juriſtiſchen Beſitz erwirbt, und nicht von dem Falle, wo ein Andrer durch ſeine Handlung den Prinzipal zum juriſtiſchen Beſitzer macht." Zwar ſpricht Paullus hier nicht vom Falle der Stellvertretung [119]); immerhin aber redet er von einem Falle, wo Urſache und Wirkung auseinandergehen, und belehrt uns, daß für **ſolche** Fälle der «animus noster» **nicht** erfordert wird. —

Was nun aber den § 2 aus Paull. Sent. V, 2 betrifft, ſo bemerkt Brinz (S. 1603, 1604) Folgendes: „Es iſt exegetiſch nicht gerechtfertigt, in Paull. R. S. V, 2 § 2 das handelnde Subjekt zu wechſeln, und Denjenigen, der absente domino comparat, einen anderen ſein zu laſſen, als den vorhergehenden procurator (cf. L. 1 § 21 D. h. t. 41, 2)." Verſtehe ich Das richtig, ſo meint Brinz Dieſes: „Sowohl der mit ««Sed»» als der mit ««Absente»» anhebende Satz ſpricht von einem procurator d. h. von einem Mandatar, nicht von einem bloßen negotiorum gestor. Der erſtere Satz hat in specie den Fall im Auge, daß der Mandant bei der Ergreifung der Sache durch den Mandatar gegenwärtig iſt (wie in L. 1 § 21 cit.), der zweite den Fall, daß er abweſend iſt. Wenn nun im letzten Falle (trotz des Mandats) noch eine Ratihabition verlangt wird, ſo beweiſt Das,

---

[119]) Denn daß die vom Gewaltunterworfenen vorgenommene Handlung juriſtiſche Wirkungen für den Prinzipal hervorruft, iſt nicht bedingt dadurch, daß ſie auf Namen des Prinzipals geſchehe. S. § 1.

daß auf Seite des Prinzipals die ergangene Bevollmächtigung nicht genügend ist, daß vielmehr, in Gestalt der Ratihabition, eigener Besitzwille des Prinzipals erfordert wird."

Diese Auffassung scheitert nun aber (1.) an der einfachen Erwägung, daß, wenn die Brinz'sche Interpretation richtig wäre, auch Besitzerwerb durch einen Spezialbevollmächtigten nicht möglich wäre: auch Dieser erwirbt ja in den meisten Fällen in Abwesenheit des dominus. Daß aber durch einen Spezialbevollmächtigten Besitzerwerb möglich ist, Das ist ganz sicher. (2.) Wenn der mit «Sed» anfangende Satz wirklich an den Fall dächte, daß der Prinzipal bei der Ergreifung der Sache durch den Mandatar anwesend ist (wie in L. 1 § 21 cit.), so wäre unbegreiflich, daß die Möglichkeit, auf diese Art Besitz zu erwerben, «utilitatis causa» hätte besonders „rezipirt" werden müssen. — Allen diesen Schwierigkeiten entgehen wir, wenn wir das «Absente u. s. w.» auf den Fall der negotiorum gestio beschränken — eine Beschränkung, wozu uns nicht nur die Natur der Sache drängt, sondern auch der Umstand, daß den Römern absentia und negotiorum gestio in enger Gedankenverbindung stehen[120]), hinlänglich berechtigt.

Darum haben wir übrigens keineswegs nöthig, «das handelnde Subjekt zu wechseln, und Denjenigen, der absente domino comparat, einen Andern sein zu lassen, als den vorhergehenden procurator». Von einem procurator ist auch nach unserer Auffassung in beiden Sätzen die Rede: die Römer verstehen unter procurator häufig nicht blos den stellvertretenden (speziellen oder generellen) Mandatar, sondern auch den stellvertretenden negotiorum gestor[121]). Sonach ließe sich der «procurator» der Stelle als Gattungsbegriff, der «absente domino» Handelnde als eine besondere Anwendung dieses Begriffs auffassen.

Indessen ist in der vorliegenden Stelle dieser Ausweg gar nicht nothwendig. Denn mit den Worten «absente autem domino comparata» wird offenbar ein neues „handelndes Sub-

---

[120]) S. L. 1, 2, 10 D. de neg. gest. (3, 5).

[121]) Vgl. statt Aller L. 71 § 2 D. de soll. (46, 3), L. 25 § 1 D. rat. rem. hab. (46, 8).

jekt", der stellvertretende negotiorum gestor, genugsam eingeführt; der Ausdruck «procurator» behält also ohne Anstand seine normale Bedeutung als stellvertretender (spezieller oder genereller) Mandatar.

Das Resultat ist jedenfalls dieses: nur im Falle der bloßen negotiorum gestio bedarf es der Ratihabition (nicht aber des Besitzwillens) des Prinzipals; keiner Ratihabition (noch weniger des Besitzwillens) des Prinzipals bedarf der Erwerb durch den (generell oder speziell) Bevollmächtigten. —

Es bleibt noch übrig, die L. 42 § 1 D. de poss. zu besprechen. Die Stelle lautet:

> «Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem» (Ulp.).

Brinz (S. 1604) nimmt an, Ulpian spreche hier überhaupt nur von einem omnium rerum procurator, und unterscheide, ob Derselbe auf Grund eines, außer dem Generalmandat noch, ergangenen speziellen Auftrags, oder ohne solchen handelt: im letzteren Falle sei (trotz des Generalmandats) noch erfordert — wenn ich Brinz recht verstehe —, daß der Prinzipal, durch Ratihabition, seinen Besitzwillen erkläre.

Nun wird aber Brinz selbst zugeben müssen, daß die Gegensätze «mandante domino» und «sua sponte», mit unbefangenem Auge betrachtet, den Unterschied von (bloßem) Spezialmandat und negotiorum gestio bezeichnen. Ein Grund, von dieser, nächstliegenden, Erklärung abzugehen, existirt aber nicht. Denn der an die Spitze gestellte Ausdruck «procurator» umfaßt, wie schon bemerkt, den stellvertretenden negotiorum gestor häufig mit: er paßt auf das «sua sponte emerit» so gut, wie auf das «mandante domino emerit».

Sonach wird also in dieser Stelle der Generalmandatar gar nicht erwähnt. Wenn aber Ulpian ihn erwähnt hätte, so würde er ihn sicherlich nicht anders behandelt haben, wie den Spezialmandatar. — —

Auf Grund vorstehender Erörterungen müssen wir mit aller Entschiedenheit dabei verharren, daß schon im R. R. Stellvertretung im Besitzerwerbe durchaus zulässig war [122]).

II. Stellvertretung im Abschluß obligatorischer Verträge war im Prinzip unzulässig. Bei der allgemeinen Anerkennung, welche dieser Satz, trotz der entgegenstehenden Ausführungen Savigny's (vgl. bes. Dessen Obligationenrecht Bd. 2 S. 16—84), h. z. T. findet, darf ich mich darauf beschränken, zwei Stellen herauszuheben, welche es m. E. ganz unzweifelhaft machen, daß die Unzulässigkeit der Stellvertretung sich nicht nur auf negotia stricti juris sondern auch auf neg. bonae fidei bezog.

L. 6 C. si quis alteri (4, 50):

«— — — — Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, empti actionem nec illi, nec tibi quaesisti, dum tibi non vis, nec illi potes — — —.»

BIBLIOTHECA BODLEIANA

Es ist klar, daß diese Stelle nicht etwa blos eine stellvertretende negotiorum gestio ohne erfolgte Ratihabition, sondern jede (vollkommene) Stellvertretung beim Kaufe für ungültig erklärt, also ohne Rücksicht auf das Vorhandensein einer (durch Mandat, Ratihabition u. s. w. begründeten) Vollmacht. Hätte Ratihabition wirklich gefruchtet, hätte es m. a. W. die Frau nur ein Wort gekostet, wenn sie die actio emti erlangen wollte, so würden die Kaiser Das ganz gewiß gesagt haben.

---

[122]) Daß diesem Resultate nicht entgegensteht die L. 53 D. de A. R. D. («Ea quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus»), dürfen wir mit aller Bestimmtheit behaupten. «Volentibus nobis» bedeutet nicht, daß der Prinzipal den entscheidenden Besitzwillen haben müsse, sondern nur, daß (von bevormundeten Personen u. dergl. abgesehen) der Prinzipal, sei es durch Spezialmandat, Generalmandat oder Ratihabition, Vollmacht ertheilt haben müsse. Daß «voluntas» sehr häufig eine bloße Zustimmung zu dem Rechtsgeschäfte bedeutet, geht z. B. aus L. 9 § 4 D. eod. und L. 1 § 5 D. de poss. ganz klar hervor.

Absolut unmöglich aber ist die eben verworfene Ausflucht gegenüber der

L. 11 D. de O. et A. (44, 7):

> «Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.»

Hier wird der Kauf mit der Stipulation auf Eine Linie gestellt: für beide wird die Möglichkeit der (vollkommenen) Stellvertretung gleichmäßig verworfen. Für den Fall der Stipulation steht es aber ganz fest, daß auch eine, gleich Anfangs vorhandene oder nachher eintretende, Vollmacht unerheblich sein würde. Folglich gilt Dasselbe auch beim Kauf (und ebenso bei den übrigen bonae fidei negotia); denn die Stelle macht zwischen Stipulation und Kauf rücksichtlich der Stellvertretungsmöglichkeit absolut keinen Unterschied [123]). —

Je mehr nun aber, für das römische Recht, an der prinzipiellen Unzulässigkeit vollkommener Stellvertretung bei Eingehung obligatorischer Verträge festgehalten werden muß [124]), um so wich-

---

[123]) Savigny (Obl. Bd. 2 S. 77, 78) sucht die Beweiskraft der Stelle dadurch zu brechen, daß er sie gar nicht auf die Stellvertretung bezieht; „denn", sagt er, „wenn ich im Namen und Auftrag des Anderen handle, so ist es nicht noster contractus, da ich in diesem Fall nur minister oder nuncius des Anderen bin." In der That aber ist, wie wir uns oben (§ 1) überzeugt haben, der Stellvertreter der wahre Kontrahent, während die Wirkungen, hier die Obligationen, direkt in der Person des Prinzipals entspringen sollen. Grade Das aber wird in der Stelle für unzulässig erklärt.

[124]) Die Unzuträglichkeiten, welche jenes Prinzip für den Verkehr mit sich brachte, wurden, wenigstens im Ganzen, dadurch elidirt, daß 1) der Erwerb von Forderungen möglich war durch gewaltunterworfene Personen; und 2) eine Verpflichtung des Prinzipals, gleichgültig ob ein Gewaltverhältniß bestand oder nicht, herbeigeführt wurde durch die actiones institoria, exercitoria und quasi institoria, welche in der That eine unvollkommene Stellvertretung zur Anerkennung bringen (s. das im Text Folgende).

tiger wird die Frage, ob und welche Ausnahmen von dieſem Prinzip anerkannt worden ſind.

Man muß unterſcheiden.

1) Daß der Vertrag direkt auf den Namen eines Andern geſtellt, m. a. W. daß er in der erklärten Abſicht geſchloſſen werden kann, der Andre ſolle unmittelbar und allein Subjekt der Obligationsverhältniſſe werden, Das war nur anerkannt für den Forderungserwerb, und hier nur in zwei Fällen:

a) beim mutuum (hierüber ſ. u. § 21); und

b) beim constitutum, hier aber nur bei der Vertretung einer juriſtiſchen Perſon durch den Vorſtand und des Bevormundeten durch den Vormund [125]):

L. 5 § 9 D. de pec. const. (13, 5):

> «Si actori municipum vel tutori pupilli vel curatori furiosi vel adulescentis ita constituatur municipibus solvi vel pupillo vel furioso vel adulescenti, utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso vel adulescenti utilem actionem.»

Dieſe «utilis» actio iſt offenbar keine vom Vormund resp. Vorſtand abgeleitete Klage — denn Die haben hier gar keine Klage —, ſondern eine Klage, die gegeben wird, wie wenn die Vertretenen ſelber ſich hätten konſtituiren laſſen [126]).

Vgl. auch Unger, Verträge zu Gunſten Dritter, Anm. 6.

---

[125]) Nicht anerkannt war die Vertretung durch einen procurator. S. L. 5 § 6 eod.: «Julianus libro undecimo digestorum scribit procuratori constitui posse: quod Pomponius ita interpretatur ut ipsi procuratori constituas te soluturum, **non domino.**»

Dieſe Stelle bildet übrigens einen ſchlagenden Beweis für die Unrichtigkeit der Behauptung Savigny's, daß die Römer den Boten und den (bevollmächtigten) Stellvertreter nicht unterſchieden hätten. Denn daß ein Bote beim Konſtitut zuläſſig war, ſagt ausdrücklich L. 14 § 3 eod.

[126]) Was freilich bei juriſtiſchen Perſonen, infantes und furiosi nicht möglich iſt; allein fingirt werden kann ja auch das Unmögliche.

2) Eine andre Frage ist nun aber die, inwiefern eine unvollkommene Stellvertretung zur Anerkennung gekommen ist, d. h. inwiefern es möglich war, den obligatorischen Vertrag zwar in erster Linie für und resp. gegen sich abzuschließen, so aber, daß dabei — ausdrücklich oder stillschweigend — die Absicht erklärt wurde, der Vertrag solle zugleich einen Andern berechtigen resp. verpflichten. Kürzer gesagt: inwiefern konnte man einen Vertrag in eigenem und daneben in fremdem Namen abschließen?

a) Was die Verpflichtung des Prinzipals betrifft, so kommt es an auf Wesen und Charakter der (prätorischen) actiones institoria, exercitoria und quasi institoria.

Sollen nun diese Klagen auf der Idee der, wenn auch unvollkommenen, Stellvertretung beruhen, so gehört dazu vor allen Dingen, daß sie (ausdrückliches oder stillschweigendes) Handeln auf (den eigenen und) des Prinzipals Namen voraussetzten; würden sie von diesem Erforderniß unabhängig gewesen sein, so müßten sie aus der Reihe der Stellvertretungsinstitute ausscheiden.

Die gegenwärtig herrschende Ansicht nun statuirt das fragliche Erforderniß (vgl. z. B. Windscheid, Pand. § 482 Anm. 9; Brinz, Pand. S. 1616, 1617). Und meines Erachtens mit Recht. Da aber neuerdings Mandry (krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14 S. 395—397) sich mit Entschiedenheit gegen die herrschende Ansicht ausgesprochen hat, so bedarf der in Rede stehende Punkt einer abermaligen und sorgfältigen Untersuchung.

Ich will nun kein entscheidendes Gewicht darauf legen, wenn es in §§ 1 und 2 J. quod cum eo heißt:

> «Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia qui ita contraxit, fidem domini sequi videtur. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur — — —.»

(Vgl. Gajus IV §§ 70 und 71; § 8 J. quod cum eo; L. 29 D. de R. C. [12, 1].)

Denn man könnte allenfalls einwenden, daß die genannten Stellen nur den Normalfall im Auge haben.

Für nicht entscheidend halte ich ferner Ausdrücke wie z. B. «ejus rei gratia cui praepositus erit, contractum fuerit» (§ 2 J. quod cum eo; vgl. L. 5 § 11 de inst. act. [14, 3]) oder «ejus rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit» (§ 2 J. quod cum eo). Denn solche Ausdrücke können recht wohl blos von dem objektiven Erfordernisse verstanden werden, daß der Vertrag innerhalb der Schranken geschlossen worden ist, welche durch des Prinzipals Erklärung (praepositio pp.) gezogen sind.

Endlich halte ich nicht für völlig durchschlagend die von Brinz am Meisten betonte L. 13 pr. D. de inst. act. Mag man hier mit Brinz (S. 1617) annehmen, daß sich aus dieser Stelle „mit großer Wahrscheinlichkeit folgern lasse, daß die Bezeichnung eines präpositionsmäßigen Geschäftszweckes ein Stück der Klagformel bildete", oder mag man Das verwerfen — Was hier das Richtige sei, erscheint mir zweifelhaft —, jedenfalls kommt Alles an auf die Ausdrücke: «putans creditor ad merces eum accepisse» und «probare non potuit mercis gratia eum accepisse.»

Mögen diese „Geschäftszwecke" in der Formel gestanden haben oder nicht, immer bleibt doch zweifelhaft, ob diese Zwecke im Geschäfte hervortreten mußten. Doch spricht diese Stelle insofern ziemlich eindringlich für die Nothwendigkeit dieses Hervortretens, als sie uns die Betrachtung nahe legt, wie absonderlich die Zumuthung sein würde, daß der Kläger einen rein innerlichen Vorgang, die blos subjektive Destination [126a]) des Beklagten, beweisen sollte.

Auf der andern Seite sind die speziellen Belege, welche Mandry für seine Ansicht beibringt, ebenso wenig beweiskräftig; er Selber erkennt Das eigentlich an (a. a. O. S. 396 Abs. 1 a. E.).

[126a]) Die höchstens aus einem (einseitigen) Eintrag in die Geschäftsbücher erkennbar wäre.

Was zunächſt die von Mandry angeführte L. 1 pr. D. de exerc. angeht, ſo kann ich darin auch nicht den Schein eines Beweiſes erblicken. Die Stelle hebt nur Dieſes hervor, daß die actio exercitoria noch nöthiger wie die actio institoria ſei; denn man habe wohl Zeit, ſich, ehe man kontrahire, nach den Verhältniſſen des institor, nicht aber nach denen des magister navis zu erkundigen. Damit verträgt ſich doch das Erforderniß, daß der Prinzipal im Geſchäftsabſchluſſe hervortrete, offenbar ſehr wohl. Ja für die actio exercitoria wird das Erforderniß ſogar ſehr nahe gelegt. Denn Wer nicht Zeit hat ſich nach den Verhältniſſen des Schiffskapitäns (alſo nach Deſſen Solvenz u. ſ. w.) zu erkundigen, Der wird ſich um ſo mehr auf Befriedigung durch den Schiffseigenthümer verlaſſen (fidem exercitoris sequi), und Das bei Abſchluß des Vertrags ausdrücklich oder ſtillſchweigend erklären.

Unbeweiſend ſind auch die, von Mandry weiter angeführten §§ 19—22 der L. 1 cit. Wir erfahren hieraus nur, daß die actio exercitoria (nicht die andern), und dieſe nur deßhalb «quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet», dann, wenn der exercitor in fremder Gewalt ſtehe, auch gegen den Gewalthaber gehe, wenn mit deſſen Willen Rhederei getrieben worden ſei. In dieſen Fällen ſah man davon ab, daß der zu Verklagende im Geſchäftsabſchluſſe hervorgetreten ſein müſſe (denn hervorgetreten waren nur [der institor und] der gewaltunterworfene exercitor). Allein Das iſt eben, wie die Stelle ſelbſt ſagt, eine bloße Ausnahme. Und zwar begreift ſich dieſelbe ſehr leicht. Man wollte, um den Kredit der Schiffskapitäne zu heben, dem Dritten, wenn irgend möglich, eine durchgreifend wirkungsvolle Klage gewähren. War aber der exercitor gewaltunterworfen, ſo war gegen ihn eine Klage entweder gar nicht oder doch nur unvollkommen möglich; daher die Klage gegen den Gewalthaber, si voluit exerceri.

Wenn Mandry endlich die ſchon erwähnte L. 13 pr. D. de inst. für ſich in's Feld führt, ſo meint er offenbar die Worte:

> «— — — licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset propositus — —.»

Allein Mandry ſelbſt wird zugeben, daß, wenn uns Ulpian die fragliche Vorausſetzung der Klage erſt zweimal beſchrieben, oder doch wenigſtens angedeutet hat (ſ. oben), verb. «putans creditor ad merces eum accepisse» — «probare non potuit mercis gratia eum accepisse», es nicht auffallen kann, wenn er das dritte Mal dieſe Vorausſetzung unerwähnt läßt. Wir treten ihm gewiß nicht zu nahe, wenn wir ſeine Worte dahin ergänzen: «quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset propositus et **propterea** pecuniam mutuam accepisset.» —

Das bis jetzt aufgeführte Quellenmaterial ergiebt zu Gunſten der dieſſeitigen Anſicht zwar ein Uebergewicht, aber kein völlig entſcheidendes. Für entſcheidend aber könnte man zunächſt halten L. 1 § 9 D. de exerc.:

> «Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. Et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat.»

Indeſſen wird man bei unbefangener Erwägung die Richtigkeit der Brinz'ſchen Bemerkung anerkennen müſſen, es erhelle aus dieſer Stelle mit Gewißheit nur ſo viel, „daß wenn das kreditirte Geld vom Schiffer nicht vollmachtmäßig verwendet ward, die Kreditirung ausdrücklich zu vollmachtsmäßigem Zweck erfolgt ſein mußte." Für den Fall, daß die Verwendung vollmachtsmäßig erfolgte, könnte man immer noch die Unerheblichkeit des Kreditirungsmodus behaupten wollen.

Dieſer Ausweg fällt aber meines Erachtens weg gegenüber der L. 7 D. eod.:

> (pr.) «Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavit se in refectionem navis eam accepisse: quaesitum est, an

non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectionem navis esse consumptam. Respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse), ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioni pecuniam esse: quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen major pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari.»

Afrikan ſtellt hier die beiden Rechtsſätze, daß die wirkliche vollmachtsmäßige Verwendung der Summe gleichgültig, dagegen die Kreditirung im Hinblick auf den Rheder zur Begründung der actio exercitoria nothwendig ſei, als zwei ſelbſtſtändige, von einander unabhängige Rechtsſätze auf. Er ſagt nicht etwa: wenn der Gläubiger die vollmachtsmäßige Verwendung nicht beweiſen könne, müſſe er (ſtatt Deſſen) jenen Kreditirungsmodus beweiſen — ſondern er ſagt: „Wie (Ut) einerſeits jene Verwendung nicht bewieſen zu werden braucht, ſo (ita) muß andererſeits das Erforderniß aufgeſtellt werden, daß der Gläubiger, bewußter- und erklärtermaßen zu vollmachtsmäßigem Zwecke kreditirt habe" — mag nun (dürfen wir beifügen) die wirkliche Verwendung erfolgt ſein oder nicht. Dieſe Verwendung allein würde nicht genügen.

Jeder etwa noch obwaltende Zweifel aber wird beſeitigt durch § 2 [127]):

[127]) Auch § 1 ſpricht für unſere Anſicht wenigſtens inſofern, als er Fälle in's Auge faßt, wo das fragliche Erforderniß entſchieden vorliegt.

Selbſtverſtändliches erwähnt. Es gilt daher in analoger Weiſe auch für alle anderen Fälle der actio quasi institoria, alſo für die Haftung des Mandanten, des Ratihabenten u. ſ. w. [130]). — [131]).

Das Reſultat der bisherigen Ausführungen iſt alſo Dieſes. Alle drei Klagen, die inst., exerc. und quasi inst., ſetzten voraus, daß der Kontraktsabſchluß, wenn auch zuvörderſt in eigenem Namen des Stellvertreters, ſo doch unter (ausdrücklichem oder ſtillſchweigendem) Hinweis auf den Prinzipal erfolgt war, m. a. W.: daß in eigenem und fremdem Namen kontrahirt worden war.

Die prinzipiellen Bedenken aber, welche gegen dieſe Anſicht Mandry äußert, vermögen wir nicht zu theilen. „Nach der römiſchen Anſchauung", ſagt er, „handelt es ſich ja bei dem Vertragsſchluſſe nur um Begründung einer Obligation zwiſchen

---

[130]) Ob die Römer den Ausdruck «actio quasi institoria» u. dgl. auch für die Fälle außer dem Mandat gebrauchen, alſo für die Klage gegen den Bevormundeten, die juriſtiſche Perſon u. ſ. w., kann dahingeſtellt bleiben; die Sache ſelbſt, i. e. Haftung auf Grund unvollkommener Stellvertretung, iſt jedenfalls dieſelbe, wie beim Mandat.

[131]) In den übrigen Stellen, in welchen die actio quasi institoria vorkommt, geht mindeſtens aus den Umſtänden, unter welchen der Kontrakt geſchloſſen wird, hervor, daß er in (eigenem und) fremdem Namen geſchloſſen wird. S. z. B. L. 19 pr. D. de inst. (14, 3), L. 8 D. quando ex facto tut. (26, 9). Zweifel könnte erregen: 1) L. 13 § 25 D. de A. E. V. (19, 1). Allein wenn die Stelle ſagt: — — «ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis», ſo werden wir damit auf das fragliche Erforderniß hingewieſen; denn bei der institoria actio haben wir uns von demſelben ja überzeugt. Auch bedeutet der Ausdruck «procurator» regelmäßig Einen, der im Namen des Prinzipals handelt. Irre führen könnten die Worte «si modo rem vendendam mandavit». Allein dieſe wollen nicht ſagen, es ſei gleichgültig, ob der Prinzipal bei dem Vertragsabſchluß in Bezug genommen worden ſei oder nicht, ſondern: der Prinzipal könne, wenn er zur Kautionsſtellung keine Bevollmächtigung ertheilt habe, zwar nicht aus der Kaution, wohl aber mit der actio emti belangt werden, wenn er nur wenigſtens zum Verkaufe bevollmächtigt habe. Das Erforderniß, daß der Prinzipal beim Vertragsabſchluß in Bezug genommen worden ſei, bleibt ſonach völlig aufrecht. Vgl. Ihering, Jahrbb. für Dogm. Bd. 12 S. 387, 388. 2) L. 5 C. de inst. et exerc. (4, 25). Auch hier aber kann uns genügen, daß es heißt «ad exemplum institoriae».

den kontrahirenden Perſonen. Nicht der Wille und die Einigung der Kontrahenten, ſondern die ediktale Vorſchrift macht den Geſchäftsherrn neben dem Geſchäftsführer tenent. Für das Edikt aber liegt der objektive Sachverhalt, der materielle Zuſammenhang des Vertrages mit Geſchäftskreis und praepositio des Geſchäftsführers, nahe, Meinen und Glauben der Kontrahenten ferne genug. Dafür beweiſt am Beſten, daß richtiger Anſicht nach keiner der ſonſtigen actiones adjecticiae qualitatis, auch nicht die actio quod jussu, ein entſprechendes ſubjektives Requiſit (Wiſſen des dritten Kontrahenten) hat, bei allen vielmehr die Baſis ganz und lediglich im Verhältniſſe zwiſchen Gewalthaber und gewaltunterworfener Perſon zu ſuchen iſt" (Mandry, a. a. O. S. 396, 397).

Hiergegen iſt zunächſt Dieſes zu bemerken, daß jede Haftung aus einem ſolchen Kontrakte, bei dem man in keiner Weiſe genannt worden iſt, immer etwas höchſt Auffälliges und Befremdliches hat. Das mußten die Römer ſo gut fühlen, wie wir h. z. T., und in specie der Prätor nicht minder wie das jus civile. Auch für das Edikt liegt alſo, wenn auch nicht bloßes „Meinen und Glauben", ſo doch die Erklärung der Kontrahenten, die objektive Richtung des Geſchäfts, „nahe genug". Der Prätor will, indem er die actio inst. pp. gewährt, grade dem erkennbaren Parteiwillen zu der (vom jus civile hier verſagten) Anerkennung verhelfen; die Parteien wollen hier eben nicht blos unter ſich eine Obligation begründen. — Daß aber die übrigen actiones adjecticiae qualitatis kein entſprechendes Requiſit haben, iſt richtig für die actio de peculio, die act. tributoria und die act. de in rem verso; allein dieſe Klagen beruhen eben auf beſonderen, durch das Gewaltverhältniß bedingten Erwägungen (ſ. oben § 1), während die actio inst., exerc. und quasi inst. vom Gewaltverhältniß unabhängig ſind. Was aber die actio quod jussu betrifft, ſo glauben wir oben (daſelbſt) den Nachweis geführt zu haben, daß für dieſe Klage das Wiſſen des dritten Kontrahenten allerdings erfordert wird [132]). —

---

[132]) Das — ſchwer feſtzuſtellende — Verhältniß der actio quod jussu zur actio inst., actio exerc. und actio quasi inst. iſt meines Erach-

Der Auffassung, daß die actiones institoria, exercitoria und quasi institoria der Ausdruck einer (unvollkommenen) Stellvertretung waren, steht nunmehr blos noch der Einwand von Brinz im Wege, es handle sich bei diesen, wie bei allen andern s. g. actiones adjecticiae qualitatis um die Pflicht des Nebenverhafteten, „die Klage aus der Kontraktsschuld auf sich zu nehmen"; seine Haftung sei „eine Defensionspflicht". Nach Brinz kämen wir auf diese Weise in den actiones adject. qual. „statt auf eine Stellvertretung des Herrn durch den Sklaven, Institor pp. auf eine Stellvertretung des Sklaven, Institor u. s. w. durch den Herrn." (Krit. Blätter Nr. 2 S. 11; s. auch Pand. S. 1608, 1609.)

Was nun das Verhältniß der actiones de peculio, tributoria, de in rem verso und quod jussu zur Stellvertretung angeht, so haben wir unsre Ansicht hierüber bereits im § 1 entwickelt. Betreffs der actiones inst. exerc. und quasi inst. aber müssen wir dabei beharren, daß sie auf einer (unvollkommenen) Stellvertretung in der That beruhen.

Was den Ausdruck Defensionspflicht anlangt, so ist darüber Folgendes zu bemerken:

Soll mit dieser Bezeichnung ein bestimmter, rechtlich

---

tens dieses. Die actio quod jussu setzt voraus, daß der Prinzipal, der Gewalthaber, einen bestimmten Dritten zur Kontrahirung mit dem Gewaltunterworfenen angewiesen hat (sei es auch z. B. durch Vermittlung des Gewaltunterworfenen). Im Kontraktsabschlusse braucht der Gewalthaber aber nicht (objektiv) in Bezug genommen zu sein. Die actio inst., exerc. und quasi inst. dagegen setzen voraus, daß der Kontrakt unter (natürlich beiderseitiger) Bezugnahme auf den Prinzipal, also durch einen (unvollkommenen) Stellvertreter, sei es einen freien oder gewaltunterworfenen, geschlossen worden ist; die Vollmacht aber kann sowohl die Kontrahirung mit einem bestimmten Dritten wie mit einer unbestimmten Anzahl Dritter betreffen, und sie kann begründet werden sowohl durch eine Erklärung an den Stellvertreter, wie durch eine solche an den (bestimmten) resp. die (unbestimmten) Dritten. —

Sonach haben also sowohl die actio q. jussu einerseits, wie die actio inst., exerc. und quasi inst. andrerseits, eigenthümliche Voraussetzungen; daher scheint mir Das, Was Windscheid, Pand. § 482 Anm. 10 im Schlußsatz sagt, auf einem Versehen zu beruhen.

erheblicher Begriff verbunden werden, ſo kann es m. E. nur der ſein, daß ſie eine Pflicht iſt, bei deren Verſäumung Jemand oder Etwas, als unvertheidigt, dem Gegner preisgegeben werden muß. Daher läßt ſich von Defenſionspflicht reden, namentlich bei der rei vindicatio, der her. petitio, im Falle beanſpruchter cautio damni infecti, bei der actio de pauperie und de pastu, und bei den — im Moment uns naheliegenden — Noxalklagen (über dieſe ſ. z. B. L. 3, 4 D. si ex noxali causa). Wo dagegen die „zu defendirende" Perſon entweder gar keiner Defenſion bedarf (weil ſie nämlich nicht klagbar haftet), oder wo ſie die nöthige defensio ſelber vornehmen kann, da bleibt für die einem Andern obliegende „Defenſionspflicht" m. E. gar kein Raum übrig: ihre Verſäumniß würde ohne jede rechtliche Folge ſein, indem ſich der „zu Vertheidigende", wenn überhaupt nöthig, immer noch ſelber vertheidigen könnte [133]). Wenn alſo in dieſen Fällen gegen den angeblich „Defenſionspflichtigen" eine Klage zuſteht, ſo kann dieſelbe nur ſein Geltendmachung eines beſonderen, materiellen Rechts, welches dem Kläger neben ſeinem Rechte gegen den „zu Defendirenden" zuſteht. So iſt es bei den actiones de peculio, trib., de in rem verso, quod jussu, inst., exerc. und quasi inst. in der That. Entweder bedarf der Hauptſchuldner keiner Defenſion (wenn er nämlich Sklave iſt, alſo aus ſeinen Rechtsgeſchäften nur naturaliter haftet), oder er kann die nöthige Defenſion ſelber vornehmen (wenn er nämlich Hausſohn oder Gewaltfreier iſt). Die Unterlaſſung der defensio Seitens des Herrn pp. würde nicht den Sklaven, Faktor, Schiffskapitän pp., ſondern den Herrn, Präponenten, Rheder pp. ſelbſt zum indefensus machen; Dieſe würden die Schickſale des indefensus an ſich erfahren; ſonach iſt aber klar, daß jene Klagen ein beſondres, neben dem gegen den Sklaven pp. zuſtändigen Rechte beſtehendes (materielles) Recht des Klägers realiſiren [134]).

---

[133]) Denkbar wäre hier nur eine im Intereſſe des zu Defendirenden beſtehende Defenſionspflicht; es iſt aber klar, daß Brinz nicht hieran, ſondern an eine Pflicht gegenüber dem Kläger denkt.

[134]) Das gilt auch von der actio de peculio und der actio tributoria, die am Meiſten wie „Defenſion" ausſehen. Allerdings iſt der materielle

Keine jener aufgeführten ſieben Klagen beruht alſo auf der Pflicht, einen Andern oder Etwas zu „defendiren“; in allen Fällen vertheidigt der Beklagte ſich ſelbſt. Der materielle Rechtsgedanke aber, auf dem ſpeziell die actiones institoria, exercitoria und quasi institoria beruhten, war der der (unvollkommenen) Stellvertretung — nicht der Vertretung des Kapitäns u. ſ. w. durch den Rheder u. ſ. w. bei der Erfüllung, ſondern der Vertretung des Rhe̊ders u. ſ. w. durch den Kapitän u. ſ. w. bei der Kontrahirung.

Hiermit glauben wir dieſe drei Stellvertretungsfälle genugſam „defendirt“ zu haben, und nur noch die Unvollkommenheit dieſer Stellvertretung konſtatiren zu ſollen. Die Unvollkommenheit beſtand darin, daß auch der Stellvertreter ſelbſt, im Prinzip wenigſtens, haftbar war. (S. L. 1 §§ 17 und 24, L. 5 § 1 D. de exerc.; arg. L. 19 pr. D. de inst.) Doch erlitt Das eine Ausnahme bei den nothwendigen Vertretern: dieſe konnten nur bis zum Belaufe des Vermögens der von ihnen Vertretenen, nach beendigtem Amte aber gar nicht mehr belangt werden [135]). (S. L. 43 § 1 D. de adm. et per. tut., arg. verbb. «curator cum officium suum egressus pp.») Daſſelbe galt vom Generalprokurator (arg. L. 67 D. de proc. [3, 3]). Und Was die übrigen freiwilligen Vertreter angeht, ſo kann keinem Zweifel unterliegen, daß ſie durch ein pactum ne ab ipsis petatur ſich der Haftung entſchlagen konnten.

In allen Fällen aber, wo die Haftung des Vertreters (von Anfang an oder ex post) zeſſirte, lag in der That eine nahezu vollkommene Stellvertretung vor. Die Verpflichtung des Stell-

---

Grund der Klage der, daß die natürliche Auffaſſung das peculium als Vermögen des Gewaltunterworfenen anſah. Die aus dieſer Betrachtung entſprungenen genannten beiden Klagen zwingen aber den Gewalthaber, das, nach ſtreng juriſtiſcher Auffaſſung ihm gehörige, peculium herauszugeben (ſoweit Das zur Befriedigung der klägeriſchen Forderungen nöthig iſt), nicht dagegen, den Gewaltunterworfenen zu defendiren. Unterläßt der Gewalthaber die defensio, ſo geht die Exekution gegen ihn ſelbſt und nicht gegen den Gewaltunterworfenen.

[135]) Immer vorausgeſetzt, daß ſie als Stellvertreter gehandelt

vertreters ſchrumpfte ja, in Folge der denegatio actionis resp. der exceptio doli, zu einer nuda obligatio juris Quiritium zuſammen [136]). — [137]).

b) Berechtigt aus den Geſchäften des (unvollkommenen) Stellvertreters wurde prinzipiell nur Dieſer ſelbſt; der Prinzipal erlangte erſt durch Zeſſion eine Klage. (S. L. 1 D. de inst.) Doch entwickelten ſich im Laufe der Zeit eine ſtattliche Reihe von Ausnahmsfällen, in welchen man dem Prinzipal auch ohne Zeſſion eine actio (utilis) ertheilte. Dieſe Fälle ſind vorzüglich: α) Die Klage des Prinzipals aus den vom Prozeßprokurator geſchloſſenen prätoriſchen Stipulationen (L. 27 § 1, L. 28 D. de proc. [3, 3], L. 79 D. de V. O. [45, 1]). β) Klagerecht der juriſtiſchen Perſon aus den vom Vertreter geſchloſſenen Rechtsgeſchäften (L. 10 D. quod cuj. univ. [3, 4]). γ) Das beneficium der Getreideheber: L. 1 § 18 D. de exerc. (14, 1). δ) Klagrecht des Prinzipals, wenn er ſonſt durch die Stellvertretung in Schaden gerathen würde: L. 1 inf., L. 2 D. de inst. (14, 3), L. 5 D. de stip. praet. (46, 5), L. 18 § 16 D. de damn. inf. (39, 2). ε) Recht zur Widerklage, wenn der Dritte gegen den Prinzipal (mit der actio institoria pp.) wirklich Klage erhoben hat: L. 13 § 25 D. de A. E. V. (vgl. die vortreffliche Interpretation Ihering's, Jahrbb. für Dogm. Bd. 12 S. 378—389 — eine Interpretation, welche meines Erachtens nicht etwa blos „eben ſo befriedigend" wie die Mühlenbruch'ſche, ſondern derſelben entſchieden vorzuziehen iſt). —

Sofern in dieſen Fällen die Klage dem Stellvertreter ſelber verſagt wird (wie z. B. in L. 27 § 1, L. 28 citt.: «— — — directa penitus tollenda.» — — — «ut procurator meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli — —»), liegt in Wahrheit eine nahezu vollkommene Stell-

---

[136]) Vgl. meine kritiſchen Bemerkungen zu Eiſele's Schrift über die materielle Grundlage der exceptio (Gießen 1872) S. 30—32.

[137]) Ueber die Frage, ob die actiones institoria, exercitoria und quasi institoria heute noch praktiſch ſind, ſ. u. sub B, I.

vertretung vor: das (zivile) Recht des Stellvertreters ist da nicht viel Mehr wie ein bloßer Schall. (Vgl. o. Anm. 136.) [138])

Wohl zu unterscheiden aber von den Fällen, wo der Prinzipal utilem actionem aus den vom (unvollkommenen) Stellvertreter geschlossenen obligatorischen Verträgen erhielt, sind diejenigen, wo er eine actio utilis auch dann erhielt, wenn ein Anderer rein auf eigenen Namen gehandelt hatte. Diese Fälle sind nur zwei: Klage des seither Bevormundeten aus Forderungen, welche der Vormund mit Bestandtheilen des Vermögens des Bevormundeten erworben hat [139]), und Klage des Soldaten aus der Forderung, welche durch Hingabe dem Soldaten gehörigen Geldes entstanden ist [140]).

---

[138]) Es liegt freilich der Einwand nahe, es habe immerhin eine bedeutende Unvollkommenheit darin gelegen, daß dem Prinzipal, da er nur ein abgeleitetes Klagerecht gehabt habe, alle Einwendungen, namentlich auch die der Kompensation, aus der Person des Stellvertreters entgegengesetzt werden konnten (Was sicher ist für die Fälle, wo Zession erforderlich ist). Soweit ich nun aber sehe, existirt über diesen Punkt ein Quellenzeugniß nicht. Bei dieser Sachlage muß aber, wie mir scheint, unterstellt werden, daß in jenen Fällen wenigstens die Einwendung der Kompensation dem Prinzipal aus der Person des Stellvertreters nicht opponirt werden konnte. Darauf weist in den vier ersten Fällen das praktische Bedürfniß, im fünften Falle aber die Erwägung hin, daß, wenn der Dritte den Prinzipal herausgegriffen hatte, er sich gewiß nicht beschweren konnte, wenn der Prinzipal auch bezüglich der Kompensations-Frage als maßgebend in Betracht kam.

[139]) L. 9 pr. de adm. et per. tut. (26, 7), L. 2 D. quando ex facto tut. (26, 9), L. 2 C. eod. (5, 39), L. 52 pr. D. de pec. (15, 1). Für die Fälle, wo der Vormund eine Forderung nicht aus Dessen Vermögen, aber für den Bevormundeten erworben hat, habe ich eine Quellenstelle nicht auffinden können; der Mangel einer solchen kann, bei der relativen Seltenheit dieser Fälle, in der That nicht auffallen. Es ist aber nicht zu bezweifeln, daß hier der Bevormundete, wenn der Vormund rein auf eigenen Namen gehandelt hatte, eine Klage nur durch wirkliche Zession erlangen konnte; daß er dagegen, wenn der Vormund als (unvollkommener) Stellvertreter gehandelt hatte, auch ohne Zession eine utilis actio erhielt, so gut wie nach L. 10 D. 3, 4 die juristische Person.

[140]) L. 26 D. de R. C. (12, 1). Daß es auch hier gleichgültig ist, ob das Geld im Namen des Soldaten gegeben worden ist, geht einmal aus der in der Stelle gemachten Analogie des Bevormundeten («exemplo eo pp.»),

III. Vollkommene Stellvertretung war möglich bei der Erfüllung. L. 23, 53 D. de soll. (46, 3), L. 31 pr. D. de H. P. (5, 3). S. u. § 21.

IV. Ferner, unter Umständen, bei dem Erwerbe eines Pfandrechts. S. u. § 22.

V. Was die Möglichkeit des Erbschaftsantritts durch einen Stellvertreter betrifft, so ist, Was

1) den Mandatar und den negotiorum gestor angeht, deren Zulässigkeit

a) Für die bonorum possessio sicher (L. 48 D. de A. vel O. Her. [29, 2], L. 3 § 7 D. de B. P. [37, 1], L. 15, 16 D. eod., L. 24 D. rat. rem hab. [46, 8]).

b) Ob aber auch im Antritt der hereditas Stellvertretung durch jene Personen zulässig war, ist bekanntlich bestritten. (Vgl. Windscheid, Pand. § 596 Anm. 11 und die daselbst angeführten Schriftsteller.) Meines Erachtens kann ein Beweis für die Zulässigkeit nicht erbracht werden. Allerdings konnte der an den Gewaltunterworfenen gerichtete jussus Demselben den Entschluß zum Antritt anheimstellen [141]) (vorausgesetzt, daß der jussus auf Antritt einer bestimmten Erbschaft gerichtet war, L. 25 § 5 de A. vel O. H.). Allein hier handelt es sich um die Ermächtigung zum Antritt einer dem Geheißenen selbst angefallenen Erbschaft. Daß man in diesem Fall dem Geheißenen den Antrittsentschluß anheimstellen konnte, begreift sich leicht. Daraus kann aber kein Schluß auf die Zulässigkeit dieser Anheimstellung für den Fall gezogen werden, daß die Erbschaft dem Heißenden angefallen ist, m. a. W. auf die Zulässigkeit der Stellvertretung. — Wie sich Windscheid a. a. O. für die Zulässigkeit

---

sodann daraus hervor, daß, wenn der «procurator» der L. 26 das Geld im Namen des Soldaten gegeben hätte, Letzterer die actio mutui (gegen den Hauptschuldner) als directa erhalten hätte (s. u. § 21) — Was gewiß verdient hätte, erwähnt zu werden.

[141]) L. 25 § 9 D. de A. vel O. H. (29, 2): «Quid, si mandavit: ««si expedit adire, adito»»? ««si putas expedire adire, adito»»? Erit jussu aditum.»

eines Spezialbevollmächtigten auf L. 12 C. de jure deliberandi (6, 30) berufen kann, ist mir nicht wohl begreiflich. Die Stelle sagt blos:

> Puberem agnoscentem bonorum possessionem, posteaquam fuerit ei hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur.

Damit ist doch nur Dieses gemeint, daß in der Agnition einer b. p. in Selbstperson zugleich eine pro herede gestio in Selbstperson liege — mit Nichten aber, daß die (rechtlich mögliche) Agnition der b. p. durch einen Stellvertreter zugleich eine gültige pro herede gestio durch Diesen sei. Und Was die von Windscheid ebenfalls angeführte L. 4 C. eod.

> «Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, solennitati juris satisfactum videri, saepe rescriptum est.»

angeht, so spricht dieselbe eher gegen wie für die Möglichkeit der Stellvertretung. Denn wenn es nöthig war, die Möglichkeit, daß der Vater für seinen Sohn die Erbschaft antreten konnte, durch wiederholte Reskripte festzustellen, so deutet Das doch wohl darauf hin, daß unter anderen Personen solche Stellvertretung nicht zulässig war. Die von dieser Unzulässigkeit gemachte Ausnahme aber erklärt sich einfach dadurch, daß, obgleich der Erbschaftsantritt eigentlich Sache des Sohnes war, so doch die Erbschaft selbst dem Vater erworben wurde. —

Da somit für die (durchgreifende) Möglichkeit der Stellvertretung durch Mandatar oder neg. gestor der Beweis jedenfalls nicht geliefert werden kann, so muß hier der Satz, daß nach R. R. Stellvertretung bei Rechtsgeschäften im Prinzip unzulässig war, in Kraft bleiben.

2) Was die Möglichkeit betrifft, daß ein nicht durch Mandat resp. Ratihabition, sondern durch andere Gründe (Vormundschaft, väterliche Gewalt u. s. w.) Gerufener im Erbschaftsantritte als Stellvertreter handelt, so darf in dieser Beziehung auf die gründliche Darstellung von Windscheid (§ 596 Anm. 13—18, und Text dazu) einfach verwiesen werden.

VI. Stellvertretung war ferner möglich bei der Reſtitution eines Univerſalfideikommiſſes und zwar auf Seiten des Univerſalfideikommiſſars ſowohl wie auf Seiten des Fiduziars. (L. 37 pr., L. 40 § 2, L. 41 D. ad S. C. Trebell. [36, 1].)

VII. Bei der Teſtamentserrichtung war Stellvertretung im Allgemeinen unmöglich. Eine Ausnahme bildet nur die Pupillarſubſtitution; Vollmachtsgrund iſt hier die patria potestas.

VIII. Stellvertretuug war auch im jussus zuläſſig. L. 1 § 9, L. 2 D. quod jussu (15, 4); ferner

IX. In der praepositio. L. 5 § 18, L. 6, L. 7 pr. D. de inst. (14, 3).

X. Was endlich die Möglichkeit der Stellvertretung im Prozeſſe anlangt, ſo vgl. oben § 1, II, 7; Bethmann-Hollweg, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Zivilprozeſſes (1827) S. 138—249; Puchta, Inſt. Bd. 2, § 156; Keller, Röm. Zivilprozeß §§ 52—54; Bethmann-Hollweg, Röm. Zivilprozeß Bd. 2 S. 416—451; Karlowa, der Römiſche Zivilprozeß zur Zeit der Legisaktionen (Berlin 1872) S. 353—360.

Jetzt erſt, nachdem wir den vorſtehenden Ueberblick über den Umfang der im R. R. zugelaſſenen Stellvertretung gewonnen haben, ſind wir im Stande, die berühmte L. 53 D. de A. R. D. (41, 1):

> «Ea quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.» (Modestinus) [142])

der Betrachtung zu unterziehen.

Die Hauptfrage iſt dieſe: Unterſcheidet Modeſtin in dieſer Stelle zwei wirkliche Klaſſen von Erwerbsobjekten, und führt er für jede dieſer beiden Klaſſen ein Beiſpiel an — oder wird der Beſitz allen anderen Erwerbsobjekten entgegengeſetzt?

---

[142]) Vgl. über dieſe Stelle Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 42—48; Windſcheid, Pand. § 73 Anm. 14, und die daſelbſt Angeff.

Erwägen wir nun, daß Erwerb durch Stellvertreter bei Obligationen und der hereditas nur in Ausnahmsfällen, beim Eigenthum nur insofern als dieses durch Besitzerwerb erlangt wurde, beim Pfandrecht zur Zeit Modestin's noch gar nicht möglich war, lassen wir endlich den Erwerb der actio judicati aus dem Prozesse des cognitor und aus dem Prozesse gewisser andrer Stellvertreter billigerweise außer Betracht — denn Modestin hat offenbar nur den außerprozessualischen Erwerb im Auge —, so wäre in der That zu begreifen, wenn Modestin nur beim Besitzerwerb die Stellvertretungsmöglichkeit statuirt hätte; der Fehler, den er gemacht hätte, wäre nicht groß: er hätte nur den Erwerb der bonorum possessio und des Universalfideikommisses übersehen. Es fragt sich nur, ob uns die Stelle zu solcher Interpretation wirklich berechtigt. Das ist aber meines Erachtens wirklich der Fall. Vor Allem (1.) darum, weil die Stelle erst sagt: ea, quae civiliter adquiruntur, und dann einfach: quod naturaliter adquiritur; (2.) weil der „zivile" Erwerb durch ein veluti erläutert, der „naturale" aber durch ein sicuti offenbar näher bestimmt werden soll; (3.) wegen der Worte per quemlibet volentibus nobis **possidere** adquirimus: hätte das «quod naturaliter acquiritur» durch das «sicuti est possessio» nur, durch ein Beispiel, erläutert werden sollen, so hätte, nachdem die Erläuterung geschehen war, nothwendig in allgemeiner Weise, also «per quemlibet volentibus nobis adquirimus», fortgefahren werden müssen.

Unter diesen Umständen glauben wir, daß Modestin den Besitzerwerb in der That allen anderen Erwerben entgegensetzt. „Natural" aber nennt er den Besitzerwerb unseres Erachtens darum, weil dieser Erwerb sich im Wesentlichen nur auf corpus und animus stützt, also auf Momente, welche schon für die natürliche Auffassung die faktische Beherrschung der Sache bewirken, so daß der Rechtsordnung nur übrig bleibt, dieser Herrschaft ihren Schutz zu verleihen, und somit an dieselbe ein (wenn auch beschränktes) Recht anzuknüpfen [143]) — wogegen bei allen andern

[143]) Ob Modestin die Qualität des Besitzes als eines Rechts erhat oder nicht, ist, wie überhaupt, so auch für unsere Frage gleich-

Rechtserwerben für die rein natürliche Anſchauung der Vorgang ein unſichtbarer, ideeller iſt: die «adquisitio» geht hier blos für die rechtliche („zivile") Anſchauung vor ſich.

Ueberſehen aber bei ſeiner Formel hat Modeſtin in der That den Erwerb der bonorum possessio und des Univerſalfideikommiſſes. Denn es ſind Das zwei Fälle „zivilen" Erwerbs in dem eben erläuterten Sinne: Beſitzerwerb iſt zu ihnen nicht nöthig [144]).

Deſſelben Verſehens macht ſich übrigens auch die L. 1 C. per quas pers. (4, 27) [145]) ſchuldig.

B. Nach heutigem Rechte iſt Stellvertretung in Rechtsgeſchäften prinzipiell zuläſſig; Das darf jetzt als feſtſtehend betrachtet werden. (Vgl. ſtatt Aller Buchka, Stellvertretung S. 121—252; Windſcheid, Pand. § 73 Anm. 15—16 und Text dazu; Laband a. a. O. S. 184—188; Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2 S. 679; Brinz, Pand. S. 1610, 1611.) Der Schranken, welche die Zuläſſigkeit heute erfährt, ſind im Weſentlichen nur zwei. Einmal ſind die familienrechtlichen Geſchäfte prinzipiell davon ausgeſchloſſen (vgl. Wächter a. a. O. S. 680; Brinz, Pand. S. 1611). Sodann iſt bei vermögensrechtlichen Geſchäften Stellvertretung dann nicht zuzulaſſen, „wenn das Geſetz eine Form bei einem Geſchäfte vorſchreibt, die weſentlich darauf berechnet iſt, auf den Willen der Partie einzuwirken [146]) oder unmittelbar die Authentität dieſes Willens zu garantiren [147]). Denn hier muß es Abſicht des Geſetzes ſein, daß die Hauptperſon bei dieſer Form ſelbſt thätig ſei, indem ſonſt der Zweck des Geſetzes gar nicht erreicht würde, und

---

[144]) Vgl. L. 3 § 1 D. de B. P. (37, 1); L. 37 pr. D. ad S. C. Trebell. (36, 1).

[145]) «Excepta possessionis causa, per liberam personam quae alterius juri non est subdita, nihil aquiri posse, indubitati juris est — — — —.»

[146]) Wo alſo durch das Formerforderniß eine Garantie für die Bedächtigkeit des Willens des Prinzipals ſelbſt gewonnen werden ſoll. Beiſpiele: Teſtamentsform; Inſinuation großer Schenkungen.

[147]) Beiſpiel: Teſtamentsform; hier treffen alſo beide Geſichtspunkte zuſammen.

es kann daher hier und insoweit die Hauptperson durch einen Stellvertreter sich nicht ersetzen lassen" (Wächter a. a. O.).

Im Einzelnen ist nur Folgendes zu bemerken:

I. Sind die actiones institoria, exercitoria und quasi institoria h. z. T. noch praktisch? (Dafür z. B. Windscheid, Pand. § 482 Anm. 14, und, wenn auch zögernd und zweifelnd, Brinz, Pand. S. 1616, 1617 — dagegen z. B. Laband a. a. O. S. 197.)

Meines Erachtens kommt bei der Beantwortung dieser Frage Alles darauf an, ob die genannten drei Klagen auf die Fälle der (unvollkommenen) Stellvertretung beschränkt oder auch auf die Fälle der (reinen) Zwischenperson berechnet waren. Wäre Letzteres richtig, dann müßten jene Klagen auch h. z. T. noch in unbestreitbarer Geltung stehen; denn die Rechtsgeschäfte der Zwischenperson sind auch heute völlig nach römischem Rechte zu beurtheilen. Ist aber richtig, Was wir oben nachgewiesen zu haben glauben, daß die in Rede stehenden Klagen nur aus Verträgen der (unvollkommenen) Stellvertreter gegeben wurden, dann sind sie u. E. unpraktisch: denn sie sind durch die h. z. T. zulässige vollkommene Stellvertretung überholt. Handelt der einen obligatorischen Vertrag Abschließende heute auf fremden Namen, so bleibt Er selbst von den Wirkungen des Geschäfts ganz unberührt. Handelt er aber auf eigenen Namen, so haftet Er allein; der Prinzipal wird heute sowenig verpflichtet, wie nach römischem Rechte. — Es ist natürlich möglich, daß Beide, der Prinzipal und Stellvertreter, haften sollen. Das beruht dann aber stets auf besonderen, von dem Gedanken der actiones institoria u. s. w. unabhängigen rechtlichen Momenten, wie namentlich auf Bürgschaftsleistung [148]).

Windscheid a. a. O. sucht die Fortdauer der drei Klagen durch die Bemerkung zu begründen: „Wie, wenn der Angestellte u. s. w. ausdrücklich erklärte, daß er zwar in Ausführung des

---

[148]) Sei es, daß der Handelnde den Hauptvertrag als Stellvertreter abschließt und sich dann für den Prinzipal verbürgt, oder daß er den Hauptvertrag als Zwischenperson abschließt und dann Namens des Prin- ürgschaft leistet.

ihm ertheilten Auftrages, aber nichtsdeſtoweniger in eigenem Namen abzuſchließen gewillt ſei: würde man auch in dieſem Falle nicht ihn, oder umgekehrt nur ihn, wollen haften laſſen? Nur ihn — wo dieß doch genau der Fall wäre, auf welchen die actio institoria und exercitoria berechnet ſind? Und Was ausdrücklich erklärt wirkſam iſt, ſollte Das weniger wirkſam ſein, wenn es aus den Umſtänden als gewollt unzweifelhaft erkannt werden kann." Hierauf iſt zu erwidern, daß in allen ſolchen Fällen der Handelnde allein haften würde. Daß er dem andern Kontrahenten (bloße) Mittheilung über den erhaltenen Auftrag macht, iſt etwas Irrelevantes. Windſcheid's Behauptung aber, daß der von ihm beſchriebene Fall „genau der wäre, auf welchen die actio institoria und exercitoria berechnet ſind", muß als unzutreffend bezeichnet werden. Nicht bloße Mittheilung des erhaltenen Auftrags war zur Begründung dieſer Klagen genügend, ſondern es war erforderlich, daß der institor u. ſ. w. den Vertrag eben als (wenn auch unvollkommener) Stellvertreter, d. h. mit der Maßgabe abſchloß, daß daraus ſofort eine Verpflichtung (auch) des Prinzipals erwachſen ſolle. Damit kommen wir aber für das heutige Recht wieder auf die vollkommene Stellvertretung, und die dabei mögliche Bürgſchaft oder dergl. zurück.

Ebenſo wenig überzeugend, wie bei Windſcheid, iſt die Vertheidigung der Fortdauer der drei in Rede ſtehenden Klagen bei Brinz. Dieſer (a. a. O. S. 1617) meint: „Denkbar iſt noch, daß der Prinzipal ſelbſt keine Stellvertretung will, und darum ein Mandat nur zur Geſchäftsführung im eigenen Namen des Vertreters ausſtellt — alſo ſpontan hervorbringt was nach römiſchem Rechte nothwendig der Fall war und zur Aufſtellung unſerer Klage führte: da könnte letztere denn doch noch immer, innerlich wie äußerlich, begründet ſein." Allein wenn der Prinzipal das Mandat wirklich „nur zur Geſchäftsführung im eigenen Namen des Vertreters ausſtellt", ſo heißt Das eben: der Prinzipal wolle durch das Geſchäft dem Dritten nicht verpflichtet werden, m. a. W.: Er ertheile (zwar Auftrag, aber) keine Bevollmächtigung. Der Prinzipal wird daher in dieſem Falle ſo wenig nach römiſchem wie nach heutigem Rechte verpflichtet. —

Parallel mit der Frage nach der Fortdauer der actiones

Mandat oder Ratihabition gerufen ist, also die Möglichkeit des Erbschaftsantritts durch einen Vormund oder dergl., so muß hier bei den Bestimmungen des römischen Rechts m. E. stehen geblieben werden. Denn diese Bestimmungen bedeuten nicht nur Statuirung von Fällen, wo die Stellvertretung ausnahmsweise zulässig sein solle — insoferne sind sie freilich h. z. T. ohne exklusive Bedeutung [150]) —, sondern sie räumen einer gewissen Person zugleich eine (gesetzliche) Vollmacht ein, und die Begrenzung dieser Vollmacht muß auch heute noch maßgebend sein. So kann z. B. auch heute der Vormund eines Wahnsinnigen Demselben die Erbschaft nur provisorisch, der Vormund eines Verschwenders Demselben sie gar nicht erwerben.

II. Die negotiorum gestio [151]).

§ 5.

A. Die negotiorum gestio im Verhältniß zwischen gestor und Prinzipal.

I. Aechte negotiorum gestio.

Diese liegt dann vor, wenn Jemand mit Wissen und Willen in fremdem Interesse thätig wird, ohne dazu durch eine besondere Beziehung, in der er zum Prinzipal stünde, gerufen zu sein. Es ist also

---

[150]) D. h. auch für den Unmündigen u. s. w. kann ein Mandatar oder, Ratihabition vorausgesetzt, ein negotiorum gestor erwerben. Dann bedarf es aber natürlich eines, tutore auctore resp. curatore consentiente geschehenden, Mandats resp. Genehmhaltens durch den Berufenen Selbst. Mandat resp. Genehmhalten durch den Vormund u. s. w. allein ist nur insofern möglich, als der Vormund u. s. w. selber Vollmacht zum Antritt hat.

[151]) Die Literatur dieser Lehre s. bei Windscheid, Pand. § 430 in meiner „ächten und unächten negotiorum gestio" (Gießen und 7. Beizufügen ist noch: Girtanner, de ratihabitione estorum, Jenae (1848).

1) erforderlich, daß der gestor mit Wiſſen und Willen in fremdem Intereſſe thätig wird, hiermit alſo die Verpflichtung zu gehöriger Thätigkeit übernimmt[182]).

Den Beweis für dieſes Erforderniß habe ich in meiner angef. Schrift S. 8—42 zu führen verſucht. Zur Vervollſtändigung dieſes Beweiſes (welcher ſich vorzüglich auf § 1 J. de obll., quae quasi ex contr. [3, 28], L. 5 pr. D. de O. et A. [44, 7], L. 6 § 4 D. h. t. [3, 5], L. 22 § 10 D. mand. [17, 1] und L. 20 C. fam. herc. [3, 36] ſtützte) will ich noch hinweiſen auf folgende Stellen:

L. 15 D. h. t.:

«— — — — ab initio quasi unum negotium gesturus accessero, deinde alio animo ad alterum accessero — — —»;

L. 16 D. eod.:

«Sed et cum aliquis negotia mea gerat, non multa negotia sunt, sed unus contractus, nisi

---

[182]) Gegen die ähnlich lautende Formel in meiner eben angeführten Schrift S. 7 hat Regelsberger, Krit. Vierteljahrsſchrift Bd. 15 S. 278—280, Bedenken erhoben, dieſelben aber dadurch ſich ſelbſt widerlegt, daß er den von mir ſtatuirten „Willen, ſich zu verpflichten" auffaßt als „Willen, ſich dem Geſchäftsherrn zur Ausführung der in Hand genommenen Geſchäfte zu verpflichten, als animus aliena negotia suscipiendi." Dieſer animus ſei für die obligatio negotiorum gestorum grade ſo genügend, wie zur obligatio mandati der animus mandata negotia suscipiendi: „Die Haftung iſt die vom poſitiven Recht" an dem einen oder andern animus „geknüpfte, von der weiteren Abſicht oder Erwartung" des Mandatars resp. negotiorum gestor „unabhängige Folge" (S. 279, 280). Habe ich mit dem eben Geſagten die Anſicht Regelsberger's genau getroffen, ſo kann ich mich mit derſelben völlig einverſtanden erklären. Der negotiorum gestor braucht nur das Obligationsverhältniß als ſolches zu wollen; er braucht kein Bewußtſein von den einzelnen daraus entquellenden debita (Pflicht zur Herausgabe von Gewinn, Haftung für dolus und culpa, pp.) zu haben. Nur iſt darauf hinzuweiſen, daß Analoges von allen negotia bonae fidei gilt. Der Verkäufer z. B. braucht mit Bewußtſein nur die Verpflichtung zur Leiſtung der Waare zu übernehmen, und doch können ſich eine Menge unvorhergeſehener Verpflichtungen hinzugeſellen.

si ab initio ad unum negotium accessit, ut finito eo discederet: hoc enim casu si nova voluntate aliud quoque adgredi coeperit, alius contractus est»;

L. 21 § 1 D. eod:

«— — — quodammodo [153]) sibi hereditatem seque ei obligat — — —»;

und ganz besonders auf

L. 36 § 1 D. de jud. (5, 1):

«Senator si negotiis alienis se obtulerit in provincia, non debet judicium recusare negotiorum gestorum, sed actionem eum excipere oportere Julianus respondit, cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit.» — [154]).

2) Zur negotiorum gestio gehört, daß der gestor durch keine besondere Beziehung, in der er zum Prinzipal stünde, zur Geschäftsführung gerufen ist. Weder durch Mandat noch durch

---

[153]) Das vorsichtige «quodammodo» wird nur dadurch hervorgerufen, daß Prinzipalin eine hereditas jacens ist.

[154]) Einen „kleinen Zweifel" kann Regelsberger aus L. 19 § 2 h. t. nicht völlig unterdrücken (a. a. O. S. 280). Die Stelle lautet:

«Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem Labeo ait, quia non libera voluntate exequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili: erit igitur negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem et is fuit, quem obligare possem.»

Aber wird denn durch den Schlußsatz nicht jeder Zweifel behoben? Nur keine **libera** voluntas liegt beim, wirklichen oder vermeintlichen, Sklaven vor, wohl aber voluntas: quamquam coactus, tamen voluit. Daß man hier kein Mandat anerkannte, erklärt sich wohl daraus, daß die actio mandati directa zur Infamie führen konnte: Das fand man nur dann gerecht, wenn der Auftrag freiwillig übernommen worden war.

Vormundſchaft noch durch eine andre beſondere Beziehung zum Prinzipal. Denn wenn ein derartiges Rechtsverhältniß vorliegt, ſo iſt der Gerufene ſchon durch dieſes Rechtsverhältniß zur Geſchäftsführung verpflichtet, nicht erſt durch wirklichen Beginn derſelben (L. 6 § 1 D. mand. [17, 1]: «Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione (sc. mandati) erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit: denique tenetur et si non gessisset»; ſ. ferner L. 4 §§ 3 und 7 D. rem pupilli [46, 6] und L. 39 § 11 D. de adm. et per. tut. [26, 7]). [155])

3) Wenn man die negotiorum gestio als ungerufene Geſchäftsführung bezeichnet (ſo z. B. ich ſelbſt in der angef. Schrift S. 7; Regelsberger a. a. O. S. 277), ſo iſt Das nicht korrekt. Richtig iſt nur, daß keine beſondere Bezeichnung des gestor zum Prinzipal beſteht, welche ihn zur Geſchäftsführung ruft. Trotzdem iſt die negotiorum gestio

a) eine gerufene dann, wenn das Intereſſe des Prinzipals dieſelbe (wirklich) wünſchenswerth macht (man vgl. Windſcheid, Pand. § 430 Nr. 2 lit. b)). Es iſt dann, durch die vorliegenden Umſtände, eben jeder zur betreffenden Geſchäftsführung überhaupt Taugliche gerufen (vgl. L. 1 und 2 D. h. t.). Daher haftet in dieſen Fällen der gestor nur für jede bei der Ausführung begangene culpa[155a]) (L. 2 D. h. t.), und hat vollſtändigen und unbedingten Anſpruch auf Erſatz ſeiner Auslagen (L. 10 § 1 D. eod.). Zu beachten iſt aber, daß die Geſchäftsführung nicht ſchon darum allein im Intereſſe des

---

[155]) Es iſt daher m. E. eine Ueberſchreitung der urſprünglichen Grenzen der actio negotiorum gestorum, wenn die Römer dieſe Klage im Falle des curator geben (vorausgeſetzt, daß ein negotium wirklich gerirt worden iſt). Beſtätigt wird Das dadurch, daß Ulpian in L. 3 § 5 D. h. t. zur Bekräftigung dieſer Ausdehnung die Autorität des Labeo anrufen muß. Vgl. auch L. 17 C. h. t. («utili»). Vielleicht wollte man die (utilis) actio tutelae um ihrer infamirenden Wirkung willen möglichſt vermeiden.

[155a]) Es wird ihm hier alſo nicht ſchon Dieſes als culpa angerechnet, daß er in fremde Angelegenheiten überhaupt eingegriffen hat.

Prinzipals liegt, weil die betreffende Handlung an sich für ihn wünschenswerth ist, sondern nur dann, wenn Derselbe zugleich an der eignen Vornahme jener Handlung verhindert ist (arg. L. 1 und 2 citt.).

b) Liegen dagegen die sub a) genannten Erfordernisse nicht vor, dann ist die negotiorum gestio eine ungerufene, und es tritt in Anwendung, Was L. 36 D. de R. J. (50, 17) sagt: Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti. Dann haftet der gestor schon darum, weil er in fremde Angelegenheiten überhaupt eingegriffen hat. Ersatzanspruch aber hat er blos bis zum Belaufe der grundlosen Bereicherung des Prinzipals (s. Windscheid § 430 Anm. 23 und Text dazu).

Erst durch Ratihabition des Prinzipals wird die ungerufene neg. gestio der gerufenen in den rechtlichen Wirkungen gleich.

II. Das römische Recht giebt aber actiones negotiorum gestorum auch in zahlreichen solchen Fällen, wo in der That keine negotiorum gestio vorliegt. Das heißt: Die actiones n. g. sind hier in Wahrheit das prozessualische Mittel, um an einen Thatbestand von ganz andrer Natur eine materiellrechtliche Wirkung anzuknüpfen. Diese Fälle, die Fälle der unächten negotiorum gestio, zerfallen in zwei Gruppen:

1) Wenn Jemand wissentlich in objektiv fremde Angelegenheiten eingreift, um sich selbst rechtswidrig zu bereichern, so geht die actio neg. gest. directa in demselben Umfange gegen ihn wie bei der wirklichen negotiorum gestio; die contraria dagegen hat er jedenfalls (d. h. auch dann, wenn das Eingreifen im [wirklichen] Interesse des dominus negotii lag) nur bis zum Belaufe der Bereicherung des dominus negotii. (S. meine angef. Schrift § 5.) Der Thatbestand, welcher die actiones n. g. hier erzeugt, ist in Wahrheit ein Delikt.

2) Wenn Jemand bona fide, also ohne rechtswidrige Absicht, in die Angelegenheiten eines Andern eingreift, ohne in Dessen Interesse handeln zu wollen, so erwachsen beiden Theilen (condictiones sine causa oder) utiles actiones negotiorum gestorum im Nothfall, d. h. dann, wenn der Eine sich auf

Kosten des Andern grundlos bereichert hat, ohne daß der dadurch eingetretene Uebelstand durch eine andre Klage gehoben werden kann (vgl. meine Schrift S. 32—95). Der die actiones n. g. hier erzeugende Thatbestand ist also ungerechtfertigte Bereicherung mit fremdem Schaden. Daher haben sie hier auch zum Objekt nicht Mehr als diese Bereicherung. [156]) —

Zur Rechtfertigung des Unterschieds von „ächter" und „unächter" negotiorum gestio nur noch folgende Bemerkungen [157]).

Ganz unleugbar liegen in den Fällen, wo überhaupt actiones negotiorum gestorum gegeben werden, drei ganz verschiedene Thatbestände vor (einseitige Uebernahme einer Verbindlichkeit — Delikt — Bereicherung); ebenso unleugbar ist, daß sich mit jedem einzelnen dieser drei Thatbestände besondere rechtliche Wirkungen verbinden. (Directa und contraria nach allgemeinen Grundsätzen. — Directa nach allgemeinen Grundsätzen; contraria bis zum Belauf der Bereicherung. — Directa und contraria bis zum Belauf der Bereicherung.) Unmöglich nun kann die Wissenschaft diese wesentlichen Verschiedenheiten ignoriren. Es kann sich also nur noch darum handeln, ob man die beiden letzten Thatbestände aus dem Begriffe der negotiorum gestio auszuscheiden oder als besondere Arten der neg. gestio aufzufassen hat. Und da möchte denn doch Ersteres sicherlich den Vorzug verdienen, wenn man erwägt, daß nur dann, wenn Jemand mit Wissen und Willen in fremdem Interesse thätig ist, der Fall vorliegt, wo im Geiste der lateinischen Sprache

---

[156]) Daß insbesondere auch die utilis actio n. g. directa nur auf die Bereicherung geht, ist mit Sicherheit aus dem ersten Theil der L. 49 D. h. t. zu ersehen, verb. «de pretio»: wäre eine wirkliche negotiorum gestio vorhanden, so würde die Klage sich auf das erlöste pretium keineswegs beschränken, sondern auch auf Prästation von omnis culpa, auf Rechenschaftsablegung u. s. w. gehen. (Dies zur Vervollständigung der Darstellung in meiner Schrift S. 24—27.)

[157]) Zu welchen mich weniger das von Muther (krit. Vierteljahrsschrift Bd. 15 S. 434) gegen alle Unterscheidung von „Aechtem" und „Unächtem" ausgesprochene Anathem bestimmt — denn ich weiß nicht, ob ich dasselbe auch auf mich beziehen soll —, als vielmehr die freundschaftlichen Einwendungen, welche mir von hochverehrter Seite in mündlicher Konversation gemacht worden sind.

von negotiorum gestio geredet werden kann, daß daher das R. R. ursprünglich für dieſen Fall allein actiones negotiorum gestorum gewährt hat, daß endlich, als man dieſe Klagen auf andre Fälle ausdehnte, Das nur unvollkommen geſchah (vgl. das eben über die rechtlichen Wirkungen der drei Thatbeſtände Geſagte). [158])

B. Die negotiorum gestio in dem unter A, I beſchriebenen Sinne kann entweder in einer rein-faktiſchen Thätigkeit, oder im Abſchluß eines Rechtsgeſchäfts auf eigenen Namen, alſo in der Thätigkeit als Zwiſchenperſon, oder endlich im Abſchluß eines Rechtsgeſchäfts auf fremden Namen, alſo in der Thätigkeit als Stellvertreter, beſtehen. [159]) Die Beziehungen zwiſchen gestor und Prinzipal, alſo die actiones negotiorum gestorum, ſind von jenen Verſchiedenheiten prinzipiell unabhängig.

Dagegen zeichnet ſich der letzte Fall dadurch aus, daß hier nicht blos eine «negotiorum gestio» im Sinne eines internen Verhältniſſes, zwiſchen Prinzipal und gestor, ſondern zugleich eine nach Außen in rechtlichen Betracht kommende «negotiorum gestio» vorliegt. In den beiden erſten Fällen fehlt dieſes Moment. Im Falle der Zwiſchenperſon: denn für die Beurtheilung eines auf eignen Namen abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäfts iſt es unerheblich, ob es in eigenem oder fremdem Intereſſe abgeſchloſſen, und letzterenfalls, ob dieſe Intention dem Gegner mitgetheilt iſt. [160]) Ebenſo ſind die äußeren Wirkungen der in rein faktiſcher Thätigkeit beſtehenden negotiorum gestio (z. B. Reparatur eines Hauſes, Fütterung eines Pferdes) natürlich dieſelben, wie wenn der gestor in ſeinem eigenen Intereſſe

---

[158]) Daß, wenn man unſerer Begriffsbeſtimmung von «negotiorum gestio» folgt, ſich mit dieſen Worten ein weit präciſerer Sinn verbindet, als nach der gegentheiligen, bedarf kaum der Bemerkung.

[159]) Es iſt ganz gewiß unrichtig, wenn Laband a. a. O. S. 230 im letzten Falle, wo alſo Jemand, ohne dazu durch ein beſonderes Verhältniß gerufen zu ſein, als Stellvertreter handelt, in Abrede ſtellt, daß hier zwiſchen Prinzipal und Stellvertreter das Rechtsverhältniß der negotiorum gestio beſteht.

[160]) Vgl. Laband a. a. O. S. 197.

thätig wäre. Dagegen will der als Stellvertreter auftretende negotiorum gestor nicht nur ein Rechtsverhältniß zwiſchen ihm ſelbſt und dem Prinzipal begründen (inſofern liegt negotiorum gestio nach Innen vor), ſondern zugleich, in der Außenwelt, dieſelbe rechtliche Wirkung hervorbringen, wie wenn der Prinzipal ſelbſt gehandelt hätte; und zwar hängt dieſe Wirkung vor Allem davon ab, daß der gestor als Stellvertreter, alſo auf Namen des Prinzipals, handelt. [161]) Dieſe äußere negotiorum gestio, m. a. W. die ſtellvertretende negotiorum gestio, näher zu unterſuchen, iſt im Folgenden unſere Aufgabe.

Man könnte bezweifeln, daß die Römer den Ausdruck «negotiorum gestio» auch für dieſes externe Verhältniß gebraucht haben. Richtig iſt, daß dieſer Ausdruck allermeiſtens das sub A, I beſchriebene innere Verhältniß bezeichnet. Daß er aber auch in jenem andern Sinne gebraucht wurde, dafür genügt der Hinweis auf L. 24 D. h. t.:

> «Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium gessit: et ideo creditoris ratihabitione liberor.»

Das Recht des Prinzipals, durch Genehmigung des Forderungseinzugs Eigenthümer des Geldes zu werden, kann von Paulus unmöglich auf das interne Verhältniß des negotiorum gestio geſtützt werden; denn dieſes wirkt nur zwiſchen Prinzipal und gestor. Sondern der Gedanke iſt dieſer: der Prinzipal hat deßhalb ein unentziehbares Recht, durch Genehmigung Eigenthümer des Geldes zu werden, weil der neg. gestor auf Namen des Prinzipals, alſo als ſtellvertretender neg. gestor gehandelt hat. Dieſe Handlung verſchafft dem Prinzipal zwar

---

[161]) „vor Allem"; denn außerdem iſt (in der Regel) noch Ratihabition erfordert.

nicht sofortiges, unbedingtes Eigenthum, aber doch das Recht, durch Genehmigung das Eigenthum zu erlangen.[162])

So überzeugen wir uns denn, daß, ähnlich wie aus dem Begriffe mandatum = Auftrag der Begriff mandatum = Bevollmächtigung (s. o. § 3), so aus dem Begriffe negotiorum gestio als internes Verhältniß der Begriff negotiorum gestio als äußeres Verhältniß herausgewachsen ist.

Auch diese äußere neg. gestio kann eine gerufene oder eine ungerufene sein. S. § 6.

III. Die stellvertretende negotiorum gestio.

§ 6.

Auf Grund unserer bisherigen Erörterungen können wir nunmehr die stellvertretende negotiorum gestio dahin definiren. Sie liegt vor, wenn Jemand ein Rechtsgeschäft auf fremden Namen, also in der erkennbaren Absicht, die Vornahme desselben Seitens eines Andern zu ersetzen, vornimmt, ohne hierzu durch eine besondere Beziehung, in der er zum Prinzipal stünde, gerufen zu sein.

Die stellvertretende negotiorum gestio kann aber eine vollmachtlose oder ein mit Vollmacht ausgerüstete sein.

1) Die Regel ist, daß die stellvertretende n. gestio (ganz) ungerufen, also vollmachtlos ist; die Vollmacht muß hier durch Ratihabition hergestellt werden. Von diesem Hauptfall handelt der zweite Abschnitt.

2) Ausnahmsweise ist die stellvertretende n. gestio eine gerufene, also mit Vollmacht ausgerüstete. Mit andern Worten: in gewissen Fällen erkennt die Rechtsordnung das allge-

---

[162]) Ob ex nunc oder ex tunc, ist im Augenblick nicht zu untersuchen. S. u. § 12.

meine Verhältniß des Menſchen zum Mitmenſchen als genügenden Grund der Berufung zur Stellvertretung an, verſieht m. a. W. dieſes Verhältniß ohne Weiteres mit Vollmacht; daher iſt hier Ratihabition unnöthig. [168]) Von dieſen Fällen handelt der dritte Abſchnitt.

---

[168]) Man wird in dieſer Statuirung einer mit Vollmacht ausgerüſteten negotiorum gestio, nach den vorausgegangenen Erörterungen, keinen Widerſpruch erblicken. Im Begriffe der ſtellvertretenden n. gestio liegt nur die Abweſenheit einer beſonderen, zum Thätigwerden berufenden, Beziehung zum Prinzipal. Dabei bleibt alſo immer noch die zweifache Möglichkeit: daß entweder gar keine Berufung vorliegt, alſo Ratihabition erforderlich iſt, damit das Rechtsgeſchäft gültig ſei, oder daß ſchon die allgemeine Beziehung zum Nebenmenſchen Berufungs-, alſo Vollmachtsgrund bildet.

Zweiter Abſchnitt.

Stellvertretende negotiorum gestio mit dem Bedürfniß der Ratihabition.

§ 7. Einleitung.

Wie ſoeben (§ 6 Nr. 1) bemerkt, erlangt die ſtellvertretende negotiorum gestio in der Regel erſt durch Ratihabition des Vertretenen Vollmacht. Es wirft ſich hier nun vor Allem die Frage auf, von welcher Beſchaffenheit derjenige Zuſtand ſei, welcher durch die Handlung des gestor *als ſolche*, alſo ſolange das Erfolgen oder Nichterfolgen der Ratihabition noch *ungewiß* iſt, hervorgebracht wird.

Hierbei iſt nun davon auszugehen, daß das *Rechtsgeſchäft als ſolches* vollkommen und entſchieden durch den gestor *abgeſchloſſen* worden iſt; Was noch *ungewiß* resp. *unvollkommen* iſt, ſind lediglich die *rechtlichen Wirkungen* des abgeſchloſſenen Geſchäfts.

Das Geſagte ergiebt ſich aus dem Begriffe des Rechtsgeſchäfts.

Die herrſchende Definition fordert zu dieſem Begriff weiter Nichts als eine Handlung, deren *Abſicht* auf Hervorbringung einer juriſtiſchen Wirkung geht. (Vgl. *Wächter*, württ. Privatrecht Bd. 2 S. 634; *Arndts*, Pand. § 63; *Windſcheid*,

Pand. § 69; L. Seuffert, Ratihabition S. 1.) In Gemäßheit dieser im Ganzen richtigen [164]) Definition kann konsequenterweise zur Existenz eines Rechtsgeschäfts nichts Anderes verlangt werden als (1.) Handlungsfähigkeit, welche in die Willensfähigkeit und die Willensäußerungsfähigkeit zerfällt, (2.) ein auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichteter Willensentschluß, und (3.) die Willensäußerung; ein mehrseitiges Geschäft ist natürlich erst dann vollendet, wenn alle das Geschäft bildenden Handlungen, mit jenen drei Erfordernissen, vorgenommen worden sind. Alle andern Momente, welche man als Erfordernisse des Rechtsgeschäfts zu betrachten geneigt sein könnte, wie z. B. Erlaubtheit des Geschäfts, Verfügungsmacht des Abschließenden über den Gegenstand des Geschäfts u. s. w., sind nur Erfordernisse für die rechtliche Wirkung des Geschäfts. Zwi-

---

[164]) Genau ist der vielumstrittene Begriff des Rechtsgeschäfts (vgl. die Berichterstattung von Windscheid, Pand. § 69 Anm. 1 [4. Aufl.]) m. E. dahin zu bestimmen: „Eine in eigener oder gleichartiger Angelegenheit vorgenommene Handlung, welche ihrem Wesen nach auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet ist." Durch diese Definition wird 1) vor Allem das richterliche Urtheil ausgeschieden, welches im Rechtsgeschäft zu nennen in der That nicht nur nicht „sprachüblich", sondern geradezu „sprachwidrig" sein würde. Der Richter steht über den Angelegenheiten der Parteien; seine Thätigkeit als „Rechtsgeschäft" zu bezeichnen scheint mir eine Degradation dieser Thätigkeit. Und mit der Verschiedenheit der richterlichen von der rechtsgeschäftlichen Thätigkeit in engerem Zusammenhang steht die verschiedene rechtliche Behandlung des Urtheils und des Rechtsgeschäfts, namentlich bezüglich der Anfechtungsmöglichkeit. 2) Dagegen ist durch die Worte „in eigener oder gleichartiger Angelegenheit" der Fall der Stellvertretung inbegriffen. 3) Die Handlung muß ihrem Wesen nach auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet, also die rechtliche Wirkung, falls sie eintritt, grade an die darauf gerichtete Absicht des Handelnden geknüpft sein. Daher scheiden aus dem Begriff des Rechtsgeschäfts aus nicht nur a) der bekannte Fall, daß ein Delikt (zufällig) in der Absicht begangen wird, die rechtliche Wirkung (Schadensersatzpflicht resp. Verpflichtung zur Strafzahlung) herbeizuführen, sondern auch b) diejenigen erlaubten juristischen Handlungen, deren rechtliche Wirkung von dem darauf gerichteten Willen unabhängig ist. Dahin rechne ich namentlich die Spezifikation (bei welcher nur zu beachten ist, daß zwar der wirthschaftliche, aber nicht der rechtliche Erfolg beabsichtigt sein muß).

ſchen den Erforderniſſen der Exiſtenz und den Erforderniſſen der juriſtiſchen Wirkung der Rechtsgeſchäfte hat die Jurisprudenz aber ſcharf zu unterſcheiden [165]).

---

[165]) Es iſt, wie mir ſcheint, eine offenbare Inkonſequenz, daß die herrſchende Anſicht, obgleich ſie den Begriff des Rechtsgeſchäfts im Ganzen richtig definirt (ſ. o.), alſo namentlich den wirklichen Eintritt der rechtlichen Wirkung zu dieſem Begriffe nicht erfordert, dennoch in der Lehre von der Ungültigkeit (beſſer: Mangelhaftigkeit) der Rechtsgeſchäfte einfach zwiſchen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unterſcheidet, und zu der „Nichtigkeit" ununterſchieden die Fälle rechnet, wo ein Requiſit der Exiſtenz des Rechtsgeſchäfts (z. B. die Handlungsfähigkeit), und die Fälle, wo ein Requiſit ſeiner rechtlichen Wirkung (z. B. die konkrete Diſpoſitionsbefugniß) mangelt. Zwiſchen beiden Arten von Fällen muß konſequentermaßen unterſchieden werden. Und die praktiſche Bedeutung dieſer Unterſcheidung liegt m. E. vorzüglich in Folgendem. Wenn (1.) ein Erforderniß des Rechtsgeſchäfts ſelbſt mangelt, ſo kann dieſer Mangel niemals durch Konvaleſzenz — denn es exiſtirt noch gar kein Geſchäft, welches zur Wirkung gelangen könnte — ſondern höchſtens durch Exiſtentwerden des Geſchäfts gehoben werden; dieſes iſt aber nur dann möglich, wenn mehrere, gleichmäßig nothwendige, Willenserklärungen vereint eine rechtliche Wirkung hervorbringen wollen, und die Rechtsordnung erlaubt, daß dieſe Willenserklärungen ſucceſſiv erfolgen; alsdann müſſen aber bis zur letzten Willenserklärung in der Perſon Aller die Erforderniſſe gültigen Abſchluſſes fortdauern (wenigſtens im Prinzipe; über gewiſſe Modifikationen vgl. Köppen, obl. Vertrag unter Abweſenden S. 82, 83 [bis Z. 4 v. u.], S. 100 [Note 212], und Ihering, Jahrbb. für Dogmatik Bd. 10 S. 466—468); das Zuſtandekommen des Rechtsgeſchäfts wird alſo (prinzipiell) verhindert namentlich durch vorher eingetretenen Tod eines Subjekts, durch Widerruf, durch Verluſt der Handlungs- oder der ſelbſtſtändigen Wirkungsfähigkeit (ſ. o. Anm. 30 und 31, und Text dazu), und durch Verluſt der (konkreten) Diſpoſitionsbefugniß. (S. L. ult. D. comm. praed. [8, 4], L. 11 D. de S. P. R. [8, 3], L. 8 § 2 D. de opt. vel elect. leg. [33, 5], L. 55 D. de O. et A. [44, 7], L. 6 D. de donatt. [39, 5].) Die von der Rechtsordnung hier gewährte Indulgenz bezieht ſich alſo nur auf die Zeitdauer, welche das Geſchäft in Anſpruch nimmt (L. ult. cit., verb.: «tantum enim tempus eis remissum est pp.»). Von Rückwirkung kann hier nie die Rede ſein (L. ult. cit.). Denn erſt mit der letzten Willenserklärung iſt der eigentliche Grund für die beabſichtigte rechtliche Wirkung gelegt, und vor dieſem wäre ſie in der That ein filius

— (2.) Wenn dagegen ein Rechtsgeſchäft exiſtirt und nur
ıiß ſeiner rechtlichen Wirkung mangelt, ſo gilt zwar die
ɔd initio vitiosum est, non potest tractu temporis conva-

Die herrschende Definition des Rechtsgeschäfts hat nun aber in neuerer Zeit einen, jedenfalls mit achtunggebietendem Rüstzeuge unternommenen, Angriff erfahren. Köppen, in seiner

---

lescere» (L. 29 D. de R. J.); allein diese Regel hat eine stattliche Reihe von Ausnahmen, und in diesen Ausnahmefällen gilt, eben weil das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, wenigstens als Prinzip, daß die Erfordernisse gültigen Abschlusses bis zum Eintritt der Konvaleszenz bewirkenden Thatsache nicht fortzudauern brauchen (vgl. z. B. L. 24 D. de N. G. [3, 5], L. 71 §§ 1 und 2 D. de soll. [46, 3]; cf. L. 24 § 1, L. 25 § 1 D. rat. rem hab. [46, 8]). Ferner ist hervorzuheben, daß die Konvaleszenz bald ex nunc bald ex tunc eintritt (vgl. u. § 11).

Das Gefühl übrigens, daß bezüglich der Erfordernisse ein Unterschied zwischen dem Rechtsgeschäft an sich und den rechtlichen Wirkungen desselben zu machen ist, zeigt die Wissenschaft in vielfachen Symptomen. Dahin rechne ich — außer der im Texte näher besprochenen Theorie Köppens —:

1) Die m. E. richtige Ansicht Windscheid's und Andrer über das Wesen des mit einer Parteibedingung behafteten Rechtsgeschäfts (s. Windscheid, Pand. § 86 Anm. 2). 2) Die Ausführungen Ihering's, Jahrbb. für Dogmatik Bd. 1 S. 295—298 (Dem jedoch namentlich darin nicht beizustimmen ist, daß er den consensus curatoris, gleich der tutoris auctoritas, als ein Erforderniß des Rechtsgeschäfts [des Bevormundeten] auffaßt). 3) Auch die Ihering'sche Theorie der culpa in contrahendo darf hier genannt werden. Vgl. ferner 4.) Die Erörterung Laband's in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 10 S. 226—229. 5) Fitting im Archiv für die zivil. Praxis Bd. 51 S. 263, 264 (in Anwendung auf die «alienatio»). 6) Scheurl in der krit. Ueberschau Bd. 1 S. 318, 319 (in Anwendung auf die „Stellvertretung"). 7) Polignani, la dottrina della ratihabitio (Napoli 1869), welcher über den Fall der successiven Bestellung einer untheilbaren Servitut durch die Miteigenthümer der dienenden Sache (also einen Fall des successiven Existentwerdens des Rechtsgeschäfts selbst) bemerkt: «Quando sovraggiunge l'ultimo condomino — — —, non è già che si faccia una ratificazione: non si riconcede quel medesimo che si era conceduto dall' altro, ma ciò che forma la **sua** parte intellettuale, e che non peranco si era **data**. L'atto constitutivo della servitù **esiste** non prima di quando niun altro consenso manca» (pag. 37). 8) Bähr, Anerkennung, 2. Aufl., S. 13, wo unser Unterschied in Anwendung auf die kausale Seite des Rechtsgeschäfts hervortritt, indem Bähr passend zwischen causa im subjektiven und causa im objektiven Sinn unterscheidet. 9) Endlich ersehe ich aus der Schrift von Gregory, specimen juris civilis de ratihabitione, Hagae Comitis 1864 pag. 43—46, mit

Schrift über den obligatorischen Vertrag unter Abwesenden (Jena 1871) und in der über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor (Jena 1872) [166]), hat die Ansicht durchzuführen versucht, daß die Wissenschaft insofern von einem engeren Begriffe des Rechtsgeschäfts auszugehen habe, als sie nur das Geschäft ein Rechtsgeschäft nennen dürfe, „welches ein Rechtsverhältniß [167]) erzeugt hat und dadurch eine Existenz führt, die nicht von dem fortdauernden Willen seines Urhebers abhängt, sondern durch das

---

Vergnügen, daß die französischen Juristen unseren oder doch einen ähnlichen Unterschied «acu tangunt» (Gregory pag. 44), und zwar durch die Worte actes nuls und actes imparfaits, Begriffe, welche «Germanici confundere solent» (Gregory l. c.). Jene bedeuten (ungefähr) die existenten, aber (wenigstens vorläufig) wirkungslosen, diese die gar nicht zur Existenz gelangten Rechtsgeschäfte. Vgl. — ich zitire hier nach Zitaten — Solon, Null. II Nr. 337 : «L'acte imparfait — — — n'est point nul, il lui manque encore quelque chose; Zachariae, ed. Massé et Vergé, I § 35 : «il ne faut pas confondre l'acte nul et l'acte non existant» — — — «l'idée de nullité présuppose un acte qui serait valable d'après sa nature ou son principe juridique, si l'on faisait abstraction de telle ou telle disposition particulière des lois positives»; besonders aber Larombière ad art. 1304 : «Au-dessus du contrat déclaré nul ou (soll gewiß heißen on) rencontre le contrat non existant. Nous entendons par là tout acte, qui, étant destitué des conditions essentielles à son existence de fait, établit par lui-même qu'il n'a aucun caractère obligatoire, dans l'intention même des contractans»; Derselbe ad art. 1338 : «s'il n'en (scil. engagement) est aucun, ou s'il est réputé inexistant, toute confirmation est impossible, puisqu'elle manque d'assiette. On ne saurait, en effet, confirmer le néant». — —

Uebrigens möge hier die Bemerkung pro domo erlaubt sein, daß die in Rede stehende Unterscheidung und deren Bedeutung uns bis in's Detail bereits feststund, als die scharfsinnige Schrift Köppen's über den obligatorischen Vertrag unter Abwesenden erschien. Umsomehr schien uns die im Texte folgende, allerdings gedrängte, Auseinandersetzung mit ihm am Platz zu sein.

[166]) Köppen hat hier S. 17—22 eine sehr dankenswerthe Uebersicht über den Inhalt der erstgenannten Schrift gegeben.

[167]) Unter einem „Rechtsverhältnisse" versteht Köppen, nach seiner Definition in der Schrift über den obl. Vertrag unter Abw., S. 7, Anm. 8, „die Entstehung, die Aufhebung und die Modifikation von Rechten, auch die bedingte und betagte."

Recht gesichert ist. Diejenigen Willenserklärungen, welche zwar eine Rechtsänderung bezwecken, deren Existenz aber lediglich auf dem fortdauernden Willen ihrer Subjekte beruht, weil sie bis zu ihrer Vereinigung mit anderen Willenserklärungen oder sonstigen Thatsachen kein Rechtsverhältniß begründen können, müssen in Uebereinstimmung mit der Auffassung und Ausdrucksweise der römischen Juristen als unvollendete, oder weil ihre Vollendung noch ungewiß ist, als schwebende Geschäfte dem fertigen Rechtsgeschäfte (negotium contractum, perfectum) gegenübergestellt werden." (Fruchterwerb S. 18.) In Gemäßheit dieser Ansicht faßt Köppen auch z. B. das Testament und die Schenkung unter Ehegatten als unvollendete Rechtsgeschäfte auf (obl. Vertrag unt. Abw. S. 7 [Note 10], S. 83—90, S. 125—138; Fruchterwerb S. 20, 21).

Wiewohl nun die von Köppen mit einer seltenen juristischen Kunst und mit einer ebenso seltenen Beherrschung des Materials aufgebaute Theorie in vielfacher Beziehung noch der schärferen Präzision bedarf, so daß es mißlich ist, jetzt schon ein bestimmtes Urtheil über diese Theorie zu fällen, so ist doch eine kurze Auseinandersetzung mit ihr an diesem Platze unumgänglich.

Sehe ich recht [168]), so besteht der Kern der Köppen'schen

---

[168]) Denn die Hauptschwierigkeit für eine vollgerechte Würdigung der Köppen'schen Theorie liegt m. E. in der Ermittelung des eigentlichen Ausgangspunkts dieser Theorie. Fassen wir die vorhin abgedruckte Stelle (aus Fruchterwerb S. 18) in's Auge (in welcher Stelle Köppen das Rechtsgeschäft wohl am Prägnantesten zu definiren gesucht hat), so wird der Ausgangspunkt darein gesetzt, daß man ein Rechtsgeschäft nur das Geschäft nennen dürfe, „welches ein Rechtsverhältniß erzeugt hat und dadurch eine Existenz führt, die nicht von dem fortdauernden Willen seines Urhebers abhängt, sondern durch das Recht gesichert ist" — wozu das Folgende genau paßt: „Diejenigen Willenserklärungen, welche zwar eine Rechtsänderung bezwecken, deren Existenz aber lediglich auf dem fortdauernden Willen ihrer Subjekte beruht, weil sie bis zu ihrer Vereinigung mit andern Willenserklärungen oder sonstigen Thatsachen kein Rechtsverhältniß begründen können, müssen u. s. w." Also die wirkliche Erzeugung eines Rechtsverhältnisses soll zum Thatbestande des Rechtsgeschäfts gehören; die Unwiderruflichkeit soll nur Konsequenz davon sein, daß ein Rechtsverhältniß erzeugt ist. Allein, wenn wir weiter

Ansicht darin, daß er zum Rechtsgeschäfte nicht blos den Errichtungsakt (also die causa efficiens), sondern auch Das erfordert, daß dieser Akt entweder eine (Seitens des Subjekts des Geschäfts) nicht widerrufbare rechtliche Wirkung erzeugt (s. obl. V. S. 27, 81, 20, 21), oder zwar eine widerrufliche, so aber, daß der Widerruf nur dann gilt, wenn er dem andern Interessenten zugekommen ist (s. daselbst S. 138—140, 221, 222). Kein vollendetes Rechtsgeschäft liege also vor in den Fällen, wo die Aussicht auf die endliche rechtliche Wirkung auch durch eine dem anderen Interessenten nicht zugekommene Willensänderung abgeschnitten wird (s. daselbst S. 18, 19, 23, 24, 83—90), oder wo gar die affirmative conditio «si voluerit» besteht (s. daselbst S. 107, 108).

Dagegen ist nun zu bemerken,

1) Daß jedenfalls in diesen beiden, von Köppen beanstandeten, Fällen ein vollkommen abgeschlossenes Rechtsgeschäft vorliegt. Denn Was

a) die Quellen angeht, so existirt keine Stelle, welche die fraglichen Fälle, also z. B. das Testament, die Schenkung unter Ehegatten, für unvollendete Rechtsgeschäfte erklärte [169]). Im

---

fragen: Was verlangt Köppen zur Erzeugung eines Rechtsverhältnisses? so weiß ich keine andere Antwort als diese zu geben: er verlangt, daß die Existenz der Willenserklärung „nicht von dem fortdauernden Willen ihres Urhebers abhängt" — wie ich Das im Text näher gezeigt habe.

Sonach bewegt sich aber die Köppen'sche Theorie u. E. in einem Zirkel.

[169]) Denn auf Stellen, wie z. B. L. 32 § 6 D. 24, 1 («non impletam — — donationem»), L. 32 D. 39, 6 («non videtur perfecta donatio»), L. 7 D. eod. («removetur donatio ut imperfecta»), kann sich Köppen nicht berufen: er selbst hat (obl. V. S. 25, 26) darauf hingewiesen, daß die Ausdrücke emtio und venditio nicht den Abschluß des Rechtsgeschäftes, sondern das Rechtsverhältniß (sagen wir: die rechtliche Wirkung) bezeichnen — Was als Regel richtig ist (vgl. die Stellen bei Köppen a. a. O. Note 58 und 59). Dasselbe muß daher für die Ausdrücke locatio, conductio, donatio u. s. w. behauptet werden. In den zu Anfang dieser Anm. zitirten Stellen ist also nicht das Rechtsgeschäft der donatio, sondern nur die rechtliche Wirkung der Schenkung „imperfekt".

Gegentheil: aus mehreren Stellen geht klar hervor, daß die Römer zum testamentum perfectum Nichts weiter erfordern, als daß der Wille des Testators vollständig geäußert worden ist (obgleich dieser Aeußerung die rechtliche Bedeutung jeden Augenblick wieder entzogen werden kann); vgl. z. B. L. 6 pr. D. de lege Cornelia de falsis (48, 10), § 7 J. quib. modis test. inf. (2, 17). Sollten nun die Römer ein testamentum perfectum als ein negotium imperfectum angesehen haben?

b) Es kann aber auch nicht geleugnet werden, daß in den fraglichen Fällen in der That eine rechtliche Wirkung eintritt: eine spes nämlich auf die endliche Wirkung des Rechtsgeschäfts. Zu dieser endlichen Wirkung ist durch das Rechtsgeschäft bereits der Grund gelegt, wenn auch die besondere Beschaffenheit der obwaltenden Rechtsbedingung («nisi revocaverit», resp. «si voluerit») die Hoffnung auf jene endliche Wirkung zu einer mehr oder weniger prekären macht [170]). Dies bewährt sich nicht nur daran, daß, wo für das Rechtsgeschäft eine Form erfordert ist, dieselbe nicht mehr wiederholt zu werden braucht (Was Köppen selbst [obl. V. S. 108] mit wünschenswerther Bestimmtheit betont), sondern auch an formlosen Verträgen: auch hier ist der Grund in der Art gelegt, daß kein neuer Vertrag, sondern nur eine einseitige Billigung, resp. blos Unterlassung des Widerrufs, erfordert ist (s. § 4 J. de emt. et vend.; cf. Köppen a. a. O. S. 198 ff.).

c) Es muß bestritten werden, daß für die successive Entstehung der „Rechtsgeschäfte" im Köppen'schen Sinne eine gemeinsame Theorie zu Recht bestehe, in der Art nämlich, daß bis zur Perfektion des „Rechtsgeschäfts" (im Sinne Köppen's) die erfolgten Willenserklärungen, im Prinzipe wenigstens, durch Tod oder Verlust der Handlungsfähigkeit pp. des Urhebers wirkungslos werden (Köppen a. a. O. S. 13 u. S. 19, Anm. 37). Denn es wird z. B. eine Schenkung unter Ehegatten weder (wie sich

---

[170]) Das Testament z. B. begründet eine sofortige spes auf die Delation der Erbschaft; es begründet die Delation für den Fall, daß der Testator nicht (bestimmt) widerrufen hat.

von selbst versteht) durch des Schenkers Tod noch, nothwendig, durch den Verlust der Dispositionsfähigkeit des Schenkers hinfällig (s. L. 24 C. 5, 16). Und bei dem Testament gilt der, durchaus nicht als etwas Singuläres bezeichnete, Satz, daß weder nachträgliche Geisteskrankheit noch Prodigalitätserklärung dem Testamente seine Wirkung entziehen [171]).

d) Mindestens auffällig ist die Erscheinung, daß nach Köppen ein zur Perfektion gelangtes Rechtsgeschäft unter Umständen bis auf den Moment seines Beginnes soll zurückwirken können (z. B. die Schenkung unter Ehegatten, vgl. obl. V. S. 18, 19), während doch andererseits gesagt wird, daß „der Entwicklungsprozeß des Rechtsgeschäfts sich vollendet haben müsse, damit der Entwicklungsprozeß des Rechtsverhältnisses beginnen könne (s. a. a. O. S. 25).

Nach der diesseitigen Ansicht wird jener filius ante patrem vermieden; denn in allen Fällen, wo das R. R. eine Rückwirkung statuirt, wird dieselbe niemals vor das vollendete (ein- oder

---

[171]) Köppen freilich erblickt in diesem Satz eine „Modifikation" des „Prinzips", daß Verlust der Testirfähigkeit das Testament aufhebe, indem er vermuthet, daß diese Modifikation erst durch das prätorische Edikt eingeführt worden sei (Köppen a. a. O. S. 84). Allein 1) Der zum Beweise jenes angeblichen Prinzips angeführte § 4 J. quib. mod. test. infirm. (2, 17) statuirt nur den Untergang durch capitis deminutio. 2) In L. 1 § 9 D. de b. p. sec. tab. (37, 11) wird als Prinzip grade die Einflußlosigkeit des Verlusts der testamenti factio statuirt (verbb. «et hoc generaliter pp.»; vgl. Mommsen ad h. l.). 3) Von den beiden von Köppen zum Beweise des erst prätorischen Ursprungs jener angeblichen „Modifikation" angeführten Stellen ist die eine, die L. 20 § 4 D. qui test. fac. poss. (28, 1), unbeweisend (sie sagt nur: — — — «testamentum quoque quod ante furorem consummavit, valebit et bonorum possessio ex eo testamento competit»), und die andre, die L. 1 § 9 D. de b. p. sec. tab. (37, 11), spricht sogar gegen Köppen. Sie sagt: «Si quis autem testamentum fecerit, deinde amiserit testamenti factionem vel furore vel quod ei bonis interdictum est, potest ejus peti bonorum possessio, quia **jure** testamentum ejus valet — — —»; Das heißt doch wohl: „weil das Testament zivilrechtlich gültig bleibt"; und zwar handelt es sich nicht um zwei Ausnahmen von einem zivilrechtlichen Prinzip, sondern um zwei Anwendungen eines solchen.

mehrseitige) grundlegende „Rechtsgeschäft" in unserm Sinn erstreckt. So erscheint z. B. die Schenkung unter Ehegatten in unsern Augen nicht weiter zurückgezogen als bis auf den Moment des vollendeten Schenkungsgeschäfts; denn vollendet ist dasselbe nach unserer Auffassung mit seinem (wenn nöthig in bestimmter Form erfolgten) Abschluß.

2) Man muß aber meines Erachtens noch weiter gehen. Die Existenz eines Rechtsgeschäfts darf nicht nur dann nicht geleugnet werden, wenn dasselbe eine prekäre, sondern auch dann nicht, wenn es gar keine rechtliche Wirkung haben sollte. Schon a priori erscheint es unrichtig, den Begriff einer menschlichen Handlung nach Dem zu bestimmen, Was sie wirklich leistet. Die Handlung ist ihrer Natur nach Nichts weiter, als zu Tage getretener Wille; gleichgültig ob und von welchem Erfolge er begleitet ist. Das besondere Merkmal des Rechtsgeschäfts liegt eben nur darin, daß der Erfolg, auf welchen der Wille gerichtet ist, nicht ein blos ökonomischer, sozialer oder dergl., sondern ein rechtlicher ist; daß aber dieser (oder wenigstens ein anderer, nicht beabsichtigter) rechtliche Erfolg wirklich eingetreten sei, ist für den Begriff des Rechtsgeschäfts gleichgültig.

Daß aber die Römer von unserm Begriffe des Rechtsgeschäfts wirklich ausgegangen sind, Das wird m. E. unwidersprechlich bewiesen durch die bekannte L. 62 § 1 D. de contr. emt. (18, 1):

> «Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit ejus ne deciperetur.»

„Obgleich die Parteien kein normales Kaufsobligationsverhältniß, also keine Verpflichtung zur Leistung von Preis und Waare (resp. des Erfüllungsinteresses) bindet (licet emtio non teneat) — und zwar jetzt und für immer [173]) —, so kann der

[173]) Denn eine Konvaleszenz ist hier bekanntlich unmöglich.

Käufer dennoch auf Grund des abgeschlossenen Kaufkontrakts (ex emto) den Ersatz des negativen Vertragsinteresses (des Interesses an dem Nichtabgeschlossenhaben) fordern." Das ist doch wohl der Gedankenzusammenhang. Nicht darum, weil der Käufer das negative Interesse fordern kann, also doch **irgend** eine Wirkung eintritt, liegt ein Rechtsgeschäft vor, sondern umgekehrt: Darum, weil ein, zwar die beabsichtigte Wirkung absolut nicht erzeugender, aber doch **vollständig abgeschlossener** Vertrag vorliegt, kann der Käufer das negative Interesse fordern [173]) — mag man nun diesen Anspruch auf eine culpa in contrahendo oder auf einen stillschweigenden Garantievertrag oder auf ein sonstiges Moment stützen (vgl. u. Anm. 387).

Vgl. ferner L. 1 D. de injusto, rupto, irrito facto test. (28, 3):

> «Testamentum aut non jure factum dicitur, ubi sollemnia juris defuerunt: aut nullius esse momenti, cum filius, qui fuit in patris potestate, praeteritus est: aut rumpitur alio testamento, ex quo heres existere poterit, vel adgnatione sui heredis: aut in irritum constituitur non adita hereditate» (Pap.).

Von diesen vier, von Papinian aufgezählten Mängeln interessiren uns nur die beiden ersten, also die anfänglichen Mängel. Und da wird ganz klar unterschieden zwischen einem testamentum non jure factum d. h. einem gar nicht zu wirklicher

---

[173]) Das Gesagte wird noch deutlicher, wenn man an die römische formula denkt. Ganz gewiß folgt nicht aus dem «dare facere oportere ex fide bona» die Wahrheit der demonstratio («Quod emit»), sondern umgekehrt: aus der Wahrheit der demonstratio folgt das dare f. o. ex f. b. — Vgl. auch Gajus IV § 134. («— — — at in praescriptione de facto quaeritur, quod secundum naturalem significationem [also nicht erst wegen des mit ihm verbundenen rechtlichen Effektes] verum esse debet»: Dasselbe muß von der demonstratio gelten, welche ja durch die praescriptio, von welcher Gajus in jener Stelle spricht, nur ersetzt wird.)

Errichtung gelangten (also einem gar nicht existirenden) Testament — denn die für ein gewisses Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form (sollemnia) ist, als die hier einzig zulässige Art der Willensäußerung, ein Erforderniß des Rechtsgeschäfts selbst — und einem solchen Testament, welches (nur) ohne rechtliche Wirkung (nullius momenti) ist: das in der gehörigen Form, aber unter Präterition eines in der Gewalt befindlichen Sohnes errichtete Testament ist ein Testament (jure factum est), obgleich es ohne rechtliche Kraft (nullius momenti) ist. —

Müssen wir sonach bei der Ansicht verharren, daß das Rechtsgeschäft Nichts weiter fordert, als Handlungsfähigkeit, Willensentschluß und (gehörige) Willensäußerung, mit Einem Wort: Handlung — sei es einer oder mehrerer Personen — [174]), so kann nicht zweifelhaft sein, daß in unserm Fall das Geschäft durch den negotiorum gestor vollständig abgeschlossen ist [174a]). Denn daß bei jeder wahren Stellvertretung der Vertreter, und nicht der Prinzipal, die Haupthandlung vornimmt, Das haben wir schon gesehen in der Lehre von der Stellvertretung überhaupt (s. o. § 1), und ist im Fall der stellvertretenden negotiorum gestio ganz besonders klar [175]).

---

[174]) Allerdings müssen wir hiernach auch solche Geschäfte als Rechtsgeschäfte anerkennen, welche keine, auch keine unvollkommene rechtliche Wirkung haben, wie namentlich die (für beide Theile) unsittlichen Rechtsgeschäfte. Indessen sehe ich hierin weder einen theoretischen noch einen praktischen Mißstand — um so weniger, als sich sehr selten mit voller Sicherheit sagen läßt, daß die aequitas wirklich gar keinen Anspruch aus dem abgeschlossenen Geschäfte verleihe.

[174a]) Zu dieser Ansicht gelangt auch Köppen (obl. Vertrag unter Abwesenden S. 21, 81), aber freilich mit anderer Begründung.

[175]) Vgl. L. 12 § 1 D. rat. rem. hab. (46, 8):

> «Rem habere ratam hoc est comprobare agnoscereque quod actum est a falso procuratore.»

Deutlicher kann nicht gesagt werden, daß die Ratihabition nicht etwa das prinzipale Rechtsgeschäft selbst zur Vollendung bringt, sondern nur das durch den vollmachtlosen Stellvertreter bereits vollendete Rechts-

Hiernach muß die namentlich von Ruhstrat (Jahrbb. für Dogm. Bd. 10 S. 211—220) vertheidigte Ansicht, daß der von einem negotiorum gestor mit einem Dritten geschlossene Vertrag als eine bloße Offerte des Dritten an den Prinzipal zu betrachten sei, welche der Letztere also (durch Ratihabition) erst acceptiren müsse [176]), für einen fundamentalen Irrthum erklärt werden: diese Ansicht schraubt den (vollmachtlosen) Stellvertreter des Prinzipals in der That zu einem bloßen Boten des Dritten herunter. —

Steht uns nun aber auch Dieses fest, daß der gestor das Rechtsgeschäft abschließt, so ist doch damit die im Eingange dieses Paragraphen aufgeworfene Frage nach der Beschaffenheit des rechtlichen Zustandes, der nach der Handlung des gestor, aber vor der Entscheidung des Prinzipals besteht, noch nicht vollständig beantwortet. Es bleibt vielmehr immer noch die Hauptfrage übrig: welche rechtliche Folgen werden durch das vom gestor abgeschlossene Rechtsgeschäft hervorgerufen? [177])

Auf diese Frage — wobei das interne Verhältniß, also das zwischen Prinzipal und gestor, gänzlich außer Betracht bleibt — ist folgendermaßen zu antworten:

1) Zum Theil ergiebt sich die fragliche juristische Situation

---

geschäft gutheißt und ihm dadurch zur rechtlichen Wirkung verhilft.

Vgl. auch L. 8 § 1 eod. («procurator a debitore pecuniam exegerit»), L. 10 eod. («si quid procurator aut vendat aut locet aut si ei solvatur»), L. 11 eod. («paciscitur»), L. 17, L. 22 pr. §§ 1—3 eod., L. 24 pr. eod. («bonorum possessionem ab alio agnitam»), L. 25 § 1 eod.

[176]) Auch Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2 S. 681, 682, vertritt diese Ansicht; jedoch mit Statuirung von Ausnahmen (s. Note 18 und 19 und die Texte dazu).

[177]) Vgl. über diese Frage: Buchka, Stellvertretung S. 210—214, auch S. 250, 251; Windscheid, Pand. § 74 Abs. 2; Laband a. a. O. S. 229—238; Regelsberger, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 366—372; Unger, Jahrbb. für Dogm. Bd. 10 S. 71; Jhering, daselbst Bd. 10 S. 465; Brinz, Pand. § 373; Schott, der obl. Vertrag unter Abwesenden S. 39, 74—76; Köppen, der obl. Vertrag unter Abwesenden S. 21, 81; Curtius, Archiv für ziv. Praxis Bd. 58 S. 98—107.

eben daraus, daß ein vollendetes prinzipales Rechtsgeschäft abgeschlossen, die noch ausstehende Ratihabition aber nicht ein Stück desselben, sondern nur Erforderniß seiner juristischen Wirkung ist. Hiernach ist nämlich klar, daß die Ratihabition einen ähnlichen accessorischen Charakter an sich trägt, wie der Eintritt einer Parteibedingung: auch dieser bringt ja das Rechtsgeschäft nicht erst zur Existenz, sondern verleiht dem bereits vollständig existenten Rechtsgeschäft nur die beabsichtigte Wirkung [178]). Nun steht aber fest, daß das mit einer Parteibedingung behaftete Rechtsgeschäft — so viel Streit auch sonst über dessen Natur und Wirkungen besteht — die feste Grundlage für die beabsichtigte Wirkung bildet, daß m. a. W. für den Fall der Erfüllung der Bedingung der Eintritt der Wirkung nicht verkümmert werden kann, also namentlich nicht durch Tod, Widerruf, Verlust der Handlungs- oder der selbstständigen Wirkungsfähigkeit, Verlust oder Schmälerung der konkreten Dispositionsbefugniß. (Vgl. Windscheid, Pand. § 89.) [178a]) Hat aber, wie wir sahen, die Ratihabition denselben accessorischen Charakter, wie der Eintritt einer Parteibedingung, verleiht m. a. W. auch die Ratihabition einem schon vollständig abgeschlossenen Rechtsgeschäft nur die bezielte Wirkung, so sind wir bis auf Weiteres berechtigt, die durch das

---

[178]) Es versteht sich, daß das bedingte Rechtsgeschäft, und ebenso das von einem stellvertretenden neg. gestor geschlossene schon an sich eine gewisse Wirkung hervorbringen, nämlich eben die jetzt zur Untersuchung stehende (die rechtliche spes.). Die beabsichtigte endliche Wirkung aber sind entschiedene Rechtsverhältnisse. So oft also davon die Rede ist, daß die Ratihabition oder der Eintritt einer Parteibedingung Erforderniß der „Wirkung" eines Rechtsgeschäfts sei, meine ich natürlich die endliche Wirkung. — Dies mit Rücksicht auf Das, Was Köppen, obl. Vertrag unter Abwesenden S. 31 (Z. 13 v. u., und ff.) bemerkt.

[178a]) Wenn in neuerer Zeit Jhering, Jahrbb. für Dogmatik Bd. 10 S. 532, 533, behauptet hat, die römische Jurisprudenz sei bei der suspensiv bedingten Tradition nicht über eine bloße persönliche Gebundenheit des Tradenten hinausgekommen; „das Verdienst, dieselbe zu dem gemacht zu haben, was sie heutzutage ist, gebühre (erst) der modernen Jurisprudenz", so spricht dagegen L. 2 § 5 D. de donatt. (39, 5) und noch mehr L. 8 D. de R. C. (12, 1) (wegen der hier gezogenen Parallele). Vgl. gegen Jhering auch Köppen, Fruchterwerb S. 28, 29, und Windscheid, Pand. 4. Aufl. § 89, Anm. 4 gegen Ende und Anm. 6.

Geschäft des gestor geschaffene Situation nach Analogie des bedingten Rechtsgeschäfts aufzufassen, m. a. W. das Prinzip aufzustellen, daß für den Fall der Ratihabition der Grund zur bezielten rechtlichen Wirkung in der Weise gelegt ist, daß deren Eintritt für jenen Fall unverkümmerbar ist. In beiden Fällen ist der Wille der das grundlegende Geschäft abschließenden Personen mit derselben Festigkeit und Entschiedenheit erklärt: wenn nun die Rechtsordnung in dem einen Fall diese Erklärung sofort als feste Grundlage respektirt, obgleich deren letzter Erfolg noch ungewiß ist, warum nicht grade so auch in dem andern Fall?

Erwägt man noch, daß der negotiorum gestor grade darum eingegriffen hat, um die Handlung des Prinzipals zu ersetzen, so ist klar, daß, wenn die Rechtsordnung solches Eingreifen überhaupt anerkennt, diese Anerkennung nur dann eine volle, durchgreifende ist, wenn der gestor durch das Namens des Prinzipals vorgenommene Rechtsgeschäft eine, im Prinzip wenigstens [178b]), unverkümmerbare Situation schafft — unverkümmerbar für den Fall, daß Ratihabition erfolgt [179]).

Wiewohl also die Analogie des vom negotiorum gestor vorgenommenen, mit dem (eigentlichen) bedingten Rechtsgeschäft in den Quellen nirgends im Prinzipe ausgesprochen wird, so dürfen wir doch bis auf Weiteres diese Analogie getrost festhalten, demnach also das vom gestor vorgenommene Rechtsgeschäft bereits als die causa efficiens, die Ratihabition aber als

---

[178b]) Modifikationen werden sich im dritten Kapitel ergeben (bes. im § 19). — Daß die vom gestor geschaffene Situation durch Versagung der Ratihabition zerstört wird, ist selbstverständlich.

[179]) Im Ganzen richtig bemerkt Ihering, Jahrbb. Bd. 10, S. 470, 471: „Die Statuirung oder Ausschließung einer Gebundenheit ist Sache der legislativen Erwägung im einzelnen Fall, und es kommt dabei ganz auf die Gestaltung des Falles beziehungsweise auf den legislativen Zweck des Erfordernisses an, um dessen Vorbehalt es sich handelt. Derselbe kann grade darin bestehen, jedes vorherige Binden im Interesse des Handelnden schlechthin auszuschließen — ein Zweck, mit dem die Annahme jener (Gebundenheit) im entschiedensten Widerspruch stehen würde." Diesem Hinweis glauben wir durch das im Text Gesagte genügend begegnet zu sein.

eine bloße conditio juris auffassen. (Vgl. auch Windscheid, Pand. § 74 Anm. 4; Brinz, Pand. § 373, S. 1621.)

Unverkümmerbar, für den Fall der Ratihabition, haben wir die „Situation" genannt. Wie Das näher zu denken sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles: sonach liegt bald eine unzerstörbare Hoffnung auf die Entstehung oder auf den Untergang oder auf die Veränderung eines Rechtsverhältnisses vor [180]). Hat z. B. ein Schuldner an einen stellvertretenden neg. gestor des Gläubigers bezahlt, so hat der Gläubiger die rechtliche Anwartschaft, daß er, falls er ratihabirt, das Eigenthum am geleisteten Objekt erlangt, der Schuldner die rechtliche Anwartschaft, daß er, falls Ratihabition des Gläubigers erfolgt, frei wird. (S. L. 24 [M. 23] de neg. gest. [3, 5].)

Auch insofern also besteht die Analogie des (eigentlichen) bedingten Rechtsgeschäfts, als die rechtliche Situation zu Gunsten beider Theile existirt.

Immerhin aber haben wir die analoge Anwendung der für das bedingte Rechtsgeschäft geltenden Grundsätze mit Behutsamkeit anzuwenden, und Schritt für Schritt zu prüfen, ob und wie weit sie im Einzelnen zutrifft (s. Kapitel 3).

Schon jetzt aber ist darauf aufmerksam zu machen, daß folgender Unterschied zwischen der Ratihabition und einer Parteibedingung besteht. Der Eintritt der letzteren ist für die Wirkung des Rechtsgeschäfts ein rein objektives Ereigniß, welches diese Wirkung ganz mechanisch hervorruft [181]). Die Ratihabition aber ist ein bewußter Willensakt, durch welchen der Prinzipal die, günstigen und ungünstigen, rechtlichen Wirkungen, zu welchen der gestor den Grund gelegt hat, zur Existenz bringt; durch die Ratihabition will der Prinzipal diese Wirkungen hervorrufen. Mit andern Worten: die Ratihabition ist nicht von rein

---

[180]) Im Einzelnen kann dieser Hoffnung entweder die Gebundenheit einer Person, einer Sache pp. entsprechen, oder aber die Hoffnung kann bestehen in der Aussicht auf die eigene oder einer Sache pp. Entbindung von einem Rechtsverhältniß.

[181]) Ich sehe dabei ab von dem Falle derjenigen conditio, welche auf das nackte Wollen eines der beiden Kontrahenten gestellt ist.

mechaniſcher, ſondern von dynamiſcher Kraft. Und zwar gehen die Quellen davon aus, daß der Prinzipal, weil das Geſchäft auf ſeinen Namen geſchloſſen iſt, zur Ratihabition eine poſitive Macht, eine ſelbſtſtändige Befugniß habe (L. 24 D. de N. G. [3, 5]: «— — — potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: et ideo creditoris ratihabitione liberor»); er hat die Macht, durch Ratihabition Wirkungen für und gegen ſich hervorzurufen (L. 24 cit.).[182]) Wir werden mehrfache Veranlaſſung haben, von dieſem Geſichtspunkte Gebrauch zu machen (ſ. §§ 14, 15 und 16). —

Endlich iſt noch die Frage zu beantworten, ob wir das vom ſtellvertretenden negotiorum gestor abgeſchloſſene Rechtsgeſchäft als ein rechtlich mangelhaftes (vulgo: ungültiges[183]) aufzufaſſen haben? (Vgl. Windſcheid, Pand. § 74 Anm. 4.)

Die Frage iſt entſchieden zu bejahen.

Ganz klar iſt die Sache in dem Fall, wenn das Rechtsgeſchäft vom gestor in der erkennbaren Intention vorgenommen wird, ſofort und entſchieden dieſelbe rechtliche Wirkung zu erzeugen, wie wenn der Prinzipal ſelbſt gehandelt hätte, m. a. W. wenn die das Rechtsgeſchäft Abſchließenden ausdrücklich oder ſtillſchweigend davon ausgehen, daß Vollmacht ſchon vorhan-

---

[182]) Allerdings darf auch im Falle der eigentlichen Bedingung keine Partei den Eintritt derſelben verhindern. Allein hier liegt nur ein negatives Recht des Gegners vor, nicht ein poſitives Recht auf Eintritt der Bedingung.

[183]) Die herrſchende Nomenklatur begreift unter Ungültigkeit alle (nicht blos auf dem Parteiwillen beruhenden; vgl. Windſcheid § 82 Abſ. 1) rechtlichen Mängel eines Rechtsgeſchäfts oder deſſen rechtlicher Wirkung, alſo auch z. B. die Anfechtbarkeit, die durch den Eintritt einer conditio juris bedingte Gültigkeit und andre Fälle, die in der That als ſolche der Ungültigkeit nicht bezeichnet werden können. Richtiger ſcheint mir daher, um alle (nicht blos auf dem Parteiwillen beruhenden) Unvollkommenheiten der Rechtsgeſchäfte oder ihrer rechtlichen Wirkungen zu bezeichnen, der Ausdruck „rechtliche Mangelhaftigkeit" zu ſein (vgl. auch Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2, § 86).

den sei. Denn Was die Parteien intendiren: sofortiges und entschiedenes Eigenthum, Obligation, Befreiung u. s. w., ist nicht eingetreten; es bedarf, kraft Rechtssatzes, zur Entscheidung noch der Ratihabition.

Sind dagegen die das Rechtsgeschäft Abschließenden, ausdrücklich oder stillschweigend, davon ausgegangen, daß noch keine Vollmacht vorhanden sei, haben sie also in Erwartung der Ratihabition gehandelt[184]), so entspricht die geschaffene Situation allerdings vollständig dem Willen der Parteien. Allein immerhin beruht hier die Nothwendigkeit der Ratihabition nicht blos auf dem Parteiwillen, sondern, und zwar in erster Linie, ebenfalls auf der Rechtsordnung: auch hier also liegt ein rechtlich mangelhaftes Geschäft vor; der Unterschied vom vorigen Fall liegt nur darin, daß die Parteien die Unvollkommenheit der rechtlichen Wirkung gekannt, sich also mit Bewußtsein in die Situation der Unentschiedenheit begeben haben.

2) Die unter Nr. 1) geschilderte rechtliche Wirkung ist unabhängig davon, ob und inwiefern man der Ratihabition eine rückwirkende Kraft beilegt[185]). Erst aber nach Beantwortung der Rückwirkungsfrage kann die vom negotiorum gestor geschaffene rechtliche Situation vollständig begriffen werden. Da nun diese Frage einer besonders sorgfältigen Erörterung bedarf, so ergiebt sich für die Anordnung des Folgenden Dieses.

Zunächst ist von den allgemeinen Erfordernissen der Ratihabition (Kap. 1), dann von den Wirkungen derselben (Kap. 2) zu handeln. Nachdem dadurch die eben erörterte juri-

---

[184]) Die Unterscheidung dieses von dem vorigen Falle wird sich später bedeutsam erweisen (§ 19). Vgl. vorläufig L. 58 pr. D. de soll. (46, 3).

[185]) Es sei denn, daß man unter „rückwirkender Kraft" Nichts weiter versteht, als den Umstand, daß, weil bereits das vom gestor abgeschlossene Rechtsgeschäft die feste Grundlage, die caussa efficiens der endlichen rechtlichen Wirkung bildet, die Ratihabition diesem, zeitlich zurückliegenden, Rechtsgeschäft zur Kraft verhilft: dann ist freilich die rückwirkende Kraft Nichts wie das Korrelat der sub 1) festgestellten Situation. Wir verstehen aber unter Rückwirkung etwas Engeres. S. die §§ 11 und 12

sische Situation vollständig klar gelegt ist, kann zur Prüfung der vielumstrittenen Frage geschritten werden, ob Zwischenfälle, die während dieser Situation sich ereignen (also Tod, Wahnsinn, Widerruf oder dergl.), die gültige Ratihabition vereiteln können (Kap. 3). Endlich ist von den Folgen der versagten oder ausgebliebenen Ratihabition zu reden (Kap. 4).

Erstes Kapitel.

Allgemeine Erfordernisse der Ratihabition.[186])

§ 8. Im Allgemeinen.

I. Wie jede ächte Ratihabition[187]), so ist auch die Ratihabition der stellvertretenden negotiorum gestio ein einseitiges Rechtsgeschäft; Acceptation von irgend einer Seite ist nicht erforderlich.

---

[186]) Die beste Schrift über die Ratihabition ist die von Lothar Seuffert (die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Würzburg 1868). Ebendaselbst findet sich (S. 7, 8, 9) ein fast vollständiges Verzeichniß der weitschichtigen, älteren wie neueren, Literatur. Aus dieser Literatur muß, als in der Regel nicht genug gewürdigt, hervorgehoben werden die Abhandlung von Julius Griesinger (zur Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Tübingen 1862) — eine Arbeit, die sich nicht nur durch umsichtige und klare Darstellung auszeichnet, sondern auch durch einen vortrefflichen dogmengeschichtlichen Abriß (S. 5—22) sich ein besonderes Verdienst erworben hat.

Beizufügen aber ist den Seuffert'schen Literaturangaben:

1) Aus der Zeit vor Seuffert's Schrift: Girtanner, de ratihabitione negotiorum gestorum (Jenae 1848); Chambon, die negotiorum gestio (Leipzig 1848) S. 50—62, S. 161—191; Laband, Zeitschrift für Recht Bd. 10 (1866) S. 232; Eisele im Archiv für die zivil. Bd. 50 (1867) S. 280.

Da eine Meinungsverschiedenheit über diesen Punkt heute kaum mehr besteht, so ist eine Erörterung desselben nicht geboten [188]).

II. Unzweifelhaft ist ferner Dieses, daß die Ratihabition, als ein Willensakt, alle Erfordernisse eines solchen besitzen

---

2) Aus der Zeit nach Seuffert's Schrift: Regelsberger, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 361—378 (Rezension der Seuffert'schen Schrift) (1869); Polignani, la dottrina della ratihabitio, Napoli 1869; Windscheid, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 12 S. 152, 153 (Anzeige der Polignani'schen Schrift); Lorenz Hauser, Stellvertretung im Besitze (Leipzig 1870) S. 26—28; Brinz, Pand. § 373 (1871); Ruhstrat, Jahrbb. für Dogmatik Bd. 10 S. 208—244 (1871); Ihering, daselbst Bd. 10 S. 465; Köppen, der obl. Vertrag unter Abwesenden (Jena 1871) S. 21, 81, 203, 204; Gruchot, die Lehre von der Zahlung der Geldschuld (Berlin 1871) S. 60—64; Meine ächte und unächte negotiorum gestio (Gießen 1873) S. 30 und 31 (Anm. 46), S. 55—64; Schott, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (Heidelberg 1873) S. 74—76; Pernice, Labeo Bd. 1 (Halle 1873), S. 514—518; Gareis, die Verträge zu Gunsten Dritter (1873) S. 34—38 (in den Noten); Windscheid, Pand. 1. Band 4. Aufl. (1875), § 74 (bes. Anm. 4—6); Curtius im Archiv für die civilist. Praxis Bd. 58 S. 105—107 (1875).

Man sieht: guten Willen, dem von Regelsberger (krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 361) statuirten „Revisionsbedürfniß" abzuhelfen, hat die Wissenschaft jedenfalls gezeigt.

Auffällig ist, daß die verdienstliche Abhandlung von Eisele im Archiv für civ. Praxis Bd. 54 S. 109—129 („zur Lehre von den conditiones juris") (1871) die Ratihabition unberücksichtigt läßt.

[187]) Im Gegensatz zum selbstständigen Abschluß eines ganz neuen Rechtsgeschäfts. Die Frage, in welchen Fällen eine wahre Ratihabition, also einseitige Billigung eines in der Vergangenheit liegenden Rechtsgeschäfts, überhaupt relevant sei, also diesem Rechtsgeschäfte Wirkung resp. stärkere Wirkung zu verleihen im Stande sei, — eine Frage, die durch die L. 25 C. h. t. natürlich nicht entschieden ist — haben wir nicht zu erörtern: für uns genügt in dieser Beziehung, daß zu den fraglichen Fällen derjenige der stellvertretenden negotiorum gestio zweifellos gehört. Versuche, alle jene Fälle aufzuzählen und zu ordnen, finden sich z. B. bei Gregory, de ratihab. p. 20—47; L. Seuffert, Ratihabition S. 3—7; Regelsberger, krit. V.-Schrift Bd. 11 S. 363, 364; s. auch Polignani a. a. O. p. 27—38.

[188]) Vgl. darüber statt Aller L. Seuffert, Ratihabition § 8.

[illegible]: m. a. W. unbedingt nothwendig sind Handlungsfähigkeit [188a]), Willensentschluß [189]) und Willensäußerung.

III. Endlich ist sicher, daß, wenn Jemand zwar handlungsfähig ist, aber, aus in seiner Person [190]) liegenden Gründen, zur beabsichtigten Wirkung gewisser Handlungen ein Konsens erforderlich wäre —, wie in den Fällen des pubes minor, des Verschwenders und des Kridars —, daß dann auch zur Wirksamkeit der von einer solchen Person vorgenommenen Ratihabition eines Konsens in denselben Fällen nöthig ist, in welchen er erforderlich gewesen wäre, wenn sie die durch die Ratihabition beabsichtigte juristische Wirkung durch Selbstvornahme des Hauptgeschäfts bezielt hätte.

IV. Weit problematischer aber ist die Frage: Wem gegenüber muß die Ratihabition geäußert werden? — eine Frage, welche von der Wissenschaft in der Regel sehr stiefmütterlich behandelt wird.

[188a]) Für die unglaubliche Weitschweifigkeit, mit welcher die älteren Dissertationen geschrieben zu sein pflegen, mag als Ein abschreckendes Beispiel statt Aller die Art und Weise dienen, wie der alte Zigler das obige Erforderniß behandelt. Er sagt darüber (diss. legalis de ratihabitione ejusque effectu juris [in seinen disceptationes selectae, Lipsiae 1712, thema 17]) unter Anderem:

> «Ebrius item, quo nemo est similior nec proximior furioso, ratum habere nequit: Plus enim esse mentis in fele aut cane, quam in ebrio dicit HERINGIUS de fidejuss. c. 7 n. 124. Unde nec jure Civili consentire videtur, L. 6 § 7 de re militar., et cum consensu destituatur, ratificare nequit. Vino vero discusso etc.» (l. c. p. 548).

[189]) Mit allen seinen näheren Erfordernissen. Insbesondere darf kein wesentlicher Irrthum die Existenz des Ratihabitionswillens ausschließen; s. darüber die guten (wenn auch in der Formulirung nicht ganz zutreffenden) Bemerkungen von Griesinger, Ratihabition S. 32—34.

[190]) Die Frage dagegen, ob und inwiefern konkrete Dispositionsbefugniß — also Befugniß, gerade über das betreffende konkrete Rechtsobjekt zu verfügen — im Momente der Ratihabition vorliegen müsse, ist erst nach der Untersuchung über die rückwirkende Kraft der Ratihabition (§§ 11 und 12) beantwortet werden (§§ 16—18).

Die meiſten Schriftſteller ſprechen ſich über dieſen Punkt entweder gar nicht aus (ſo z. B. Arndts, Pand. § 78; Windſcheid, Pand. § 74 Abſ. 2; Chambon, die negotiorum gestio [Leipzig 1848] § 5; Buchka, Stellvertretung S. 210—214, S. 250, 251; Dankwardt, die negotiorum gestio [Roſtock 1855] § 20), oder erklären nur in allgemeinen Ausdrücken die Art, wie ratihabirt werde, für gleichgültig (z. B. Beckhaus, über die Ratihabition der Rechtsgeſchäfte [Bonn 1859] § 2; Agricola, de ratihabitione [Gothae 1848] pag. 37—39 [191]); Grieſinger, Ratihabition S. 50, 51; Gregory, de rat. pag. 61, 62 [192]); Polignani, dottrina della ratihabitio pag. 11 [193]); im Ganzen auch Busse, de ratihabitione [Lipsiae 1834] pag. 30 [193a])).

Mit vollem Bewußtſein aber hat ſich dafür, daß die Ratihabition gegenüber Jedermann geäußert werden könne, L. Seuffert ausgeſprochen [194]).

Dagegen nimmt Köllner (die Grundzüge der obligatio negotiorum gestorum [Göttingen 1856] S. 117, 118) an,

---

[191]) «Verbis quibuslibet signis actibusque (ratihabitiones) exprimi possunt» (pag. 38).

[192]) «Quomodocunque universe ratihabitionem fieri posse et fontes docent et ratihabitionis natura admonet» (pag. 61).

[193]) «In quanto al modo di ratiabire, gli è indifferente se ciò si faccia verbis od actu (L. 5 D. h. t.), tacitamente od espressamente (L. 25 C. de d. i. v. et ux. 5, 16).» Ja er meint grabezu, der Ratihabitions-Modus mache bei der ausdrücklichen Genehmigung gar keine Schwierigkeit («Quando si tratta di dichiarazione espressa, affermativa o negativa che sia, la cosa non ingenera veruna difficoltà. Il dubio può sorgere quando dagli atti eseguiti dal dominus vogliasi argomentare la sua volontà affermativa»).

[193a]) «Necessarium est, ut ne inter confessionis vel nudae agnitionis fines steterit, potius ad conservationem negotii directus et vere pronuntiatus appareat consensus.» Cf. pag. 32—34.

[194]) Allerdings nicht bei Erörterung des Modus, wie die negotiorum gestio ratihabirt werden müſſe (S. 28, 29, 39, 40, 42, 43), wohl aber bezüglich andrer Ratihabitionsfälle (ſ. S. 114 unten; S. 139). Wir gehen wohl nicht fehl, wenn wir annehmen, daß Seuffert in der vorliegenden Frage keinen Unterſchied zwiſchen den verſchiedenen Ratihabitionsarten machen will.

die Ratihabition müsse „gegen die Person, welche gehandelt hat, oder deren Stellvertreter, geäußert werden". Derselben Ansicht ist Curtius (Archiv für zivil. Praxis Bd. 58 S. 107: „Die Ratihabition muß dem negotiorum gestor gegenüber erklärt werden, weil sie die Nachholung des Auftrags ist.").

Aehnlich ist die Meinung Regelsberger's (krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 375, unter Bezugnahme auf seine „Vorverhandlungen" [Weimar 1868] S. 3 ff.), welcher — wenn ich ihn recht verstehe — annimmt, die Ratihabition könne, wenn es sich um einen vom gestor abgeschlossenen Vertrag handle, nur entweder an den gestor oder an Dessen Mitkontrahenten erklärt werden [105]). Während aber Köllner und Curtius ihrer Ansicht keine oder doch nur eine sehr spärliche Begründung haben zu Theil werden lassen, so gilt in dieser Hinsicht von Regelsberger das Gegentheil. Die sorgfältige Begründung, welche Er seiner Theorie zu geben gesucht hat (s. bes. Vorverhandlungen S. 4, 5, 9—11), ist in der That die einzige auf die Natur der Sache und die Quellen näher eingehende Untersuchung, welche sich über die vorliegende Frage überhaupt findet.

Meines Erachtens nun ist über diese — sehr häkelige — Frage Folgendes zu sagen:

1) Der allgemeine Grundsatz, daß in Verträgen nur diejenigen Willenserklärungen von rechtlicher Bedeutung sind, welche an den Vertragsgegner (oder dessen Stellvertreter) gerichtet und ihm zugekommen sind (vgl. Regelsberger, Vorverhandlungen S. 3—17), ist, wenigstens im Prinzip, unbestreitbar richtig. Allein daraus läßt sich für die Lösung des vorliegenden Problems kein genügender Schluß ziehen. Denn wenngleich der Vertreter durch seine Genehmigung in ein direktes Rechtsverhält-

---

[105]) Wenigstens scheint mir Das die einzig mögliche Art, wie Regelsberger's Satz: „In Verträgen hat nur diejenige Willenserklärung verpflichtende Kraft, welche dem andern Vertragstheil oder seinem Stellvertreter gegenüber abgegeben wird" (Vorverhandlungen S. 3, 4) auf unsern Fall, also auf einen Willensakt, der von keinem der beiden Vertragstheile, sondern von einer dritten Person ausgeht, analog angewendet werden könnte.

niß zum Mitkontrahenten des gestor treten will, so ist doch nicht Er, der Prinzipal, es, der einen Vertrag (durch seine Ratihabition) abschließt. Der Abschluß ist, wie uns feststeht, durch den gestor erfolgt; die Ratihabition ist keine Willenserklärung im Vertrag, sondern außerhalb desselben. Daher besitzt eine große Anzahl der von Regelsberger (a. a. O. S. 10, 11) angeführten Stellen [196]) für unsere Frage, wie mir scheint, keine Bedeutung [197]).

2) Was nun diese unsre Frage angeht, so haben wir uns freilich selber dafür erklärt, daß die Bevollmächtigung, also die vorausgehende Zustimmungserklärung, entweder dem Stellvertreter oder dessen Mitkontrahenten zugehen muß (s. § 3); zu mehrerer Bekräftigung dieser Behauptung dienen die von Regelsberger a. a. O. angeführten L. 12 § 4 D. qui pot. (20, 4), L. 4 § 1, L. 8 § 15, L. 9 § 1, L. 11, 12 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6), L. 2, 4 C. de remiss. pign. 8, 26), welche Stellen zwar nicht von Stellvertretungsfällen, also von Bevollmächtigung, aber doch von Fällen (einseitiger) Ermächtigung handeln.

Sonach scheint es konsequent, für die nachfolgende Machtertheilung, insbesondere auch für die nachfolgende Vollmachtsertheilung, dasselbe Erforderniß aufzustellen.

3) Und in dieser Konsequenz scheinen wir bestärkt zu werden durch die Stellen, welche die Ratihabition in Parallele zum Mandate setzen. Denn wenn z. B. L. 12 § 4 D. de soll. (46, 3) sagt: «— — — — rati enim habitio mandato com-

---

[196]) Daß diese Stellen von Regelsberger sämmtlich zu dem Behufe vorgeführt werden, um die Richtigkeit seines Prinzips für stillschweigende (i. e. indirekte) Willenserklärungen zu erhärten, thut natürlich Nichts zur Sache.

[197]) Es sind Das L. 51 pr. D. loc. (19, 2), L. 57 pr. D. de pact. (2, 14), L. 2 § 6 D. de doli mali exc. (44, 4), L. 4 C. de N. N. P. (4, 30), L. 5 C. de usuris (4, 32), L. 6 § 2, L. 18, L. 53 D. mand. (17, 1); L. 60 § 6 D. loc. (19, 2), L. 7 C. de rem. pign. (8, 26), L. 12 D. de evictt. (21, 2), L. 17 § 1 D. de usur. (22, 1), L. 26 D. de probatt. (22, 3). Diese Stellen handeln alle von Willenserklärungen unter den Paziszenten, nicht von der Erklärung einer dritten Person.

paratur», wo bliebe da das tertium «comparationis», wenn die Ratihabition jedem Dritten gültigerweiſe zugehen könnte?

4) Und dennoch ſcheint uns das Uebergewicht der Gründe für dieſe Möglichkeit zu ſprechen.

Allerdings enthalten die Quellen meiſtentheils, wie natürlich, ſolche Fälle, wo die Ratihabition an den gestor oder deſſen Mitkontrahenten ergeht. So z. B. L. 9 § 1 C. de cond. ind. (4, 5):

> «Citra mandatum autem ab alio re distracta: dominus evicta re, vel ob praecedens vitium satis emptori faciens, non indebitum praetendere potest, sed per hujusmodi factum ratum contractum habuisse probans a se debitum ostendit esse solutum.»

Vgl. auch L. 5 D. h. t. (46, 8):

> «Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu: denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem» [195]),

wo zum Mindeſten höchſt wahrſcheinlich iſt, daß der Stellvertreter oder wenigſtens der Gegner Kenntniß von der Genehmigung erhalten hat.

Allein andererſeits wird jener Ratihabitionsmodus nicht nur nirgends erfordert, ſondern die Quellen bezeichnen die Genehmigung gradezu als einen ganz einfachen Willensakt, ohne irgend welche weitere Vorausſetzung zu machen. Abge-

---

[195]) Daß es ſich bei der Litiskonteſtation durch einen procurator, negotiorum gestor pp. ſchon nach klaſſiſchem Rechte um eine wahre Stellvertretung handelt, iſt ſicher. Denn, ſo zweifelhaft gegenwärtig noch iſt, inwiefern im Uebrigen (namentlich bezüglich der actio judicati) Gleichſtellung jener Perſonen mit dem cognitor erfolgt iſt, ſo iſt doch jedenfalls Dieſes gewiß, daß bezüglich der Fähigkeit, die actio des Prinzipals durch C. zu konſumiren, jene Gleichſtellung wirklich erfolgt iſt. S. L. 56 D. de . (5, 1), L. 11 § 7 D. de exc. rei jud. (44, 2).

ſehen von den unzähligen Stellen, die nur von ratum habere, ratihabitio u. ſ. w. im Allgemeinen ſprechen (z. B. L. 17, 18, 25 § 1 D. h. t. [46, 8], L. 5 §§ 11 und 12 [Mommsen] D. de N. G. [3, 5] etc.), definirt die L. 12 § 1 D. h. t. die Ratihabition einfach ſo:

> «Rem habere ratam hoc est comprobare adgnoscereque quod actum est a falso procuratore.»

An Wen die Billigung erklärt werden müſſe, davon wird kein Wort geſagt.

Ferner iſt zu beachten die, freilich nur gelegentlich entſchlüpfende, Aeußerung des Pomponius, die in L. 8 (M.) D. de N. G. (3, 5) berichtet wird («— — nuda voluntate — — —»). Und ſollte Scävola's «reprobare non possum semel probatum» nicht ebenfalls ganz allgemein zu verſtehen ſein?

Dazu kommt nun folgende Stelle:

L. 66 D. de fidejuss. (46, 1):

> «Si servus alienus pro Titio fidejussit et solvit, liberatur Titius, si dominus mandati contra eum agere instituit: nam qui mandati agit, ratam habere solutionem videtur.»

Für den Schuldner Titius hat ſich ein fremder Sklave verbürgt und behufs Erfüllung ſeiner Schuld Geld ſeines Herrn dem Gläubiger gegeben. Wirklich frei kann der Bürge, und per consequentiam der Hauptſchuldner, durch dieſe Leiſtung nur unter der Vorausſetzung werden, daß der Herr des Bürgen die Erfüllung genehmigt; denn erſt dadurch erlangt der Empfänger Eigenthum am gezahlten Gelde. Die erforderliche Genehmigung wird nun vom Juriſten darin gefunden, daß der Herr gegen den Hauptſchuldner auf Erſtattung der Auslage, die ſein Sklave gemacht hat, aus des Letzteren Perſon Klage, alſo die actio mandati contraria, erhebt.

Hier haben wir alſo eine Genehmigung, welche an keine der beiden Erfüllungsparteien, weder an den Erfüllenden noch an

Empfänger, gerichtet wird[199]); ein Bedenken hieraus abzuleiten, fällt dem Juristen gar nicht bei.

Man wird einwenden, daß Derjenige, welchem hier die Ratihabition zugehe, also der Hauptschuldner, an der Ratihabition immerhin ein wesentliches Interesse habe. Das ist ganz richtig. Allein zunächst wird man auf Grund dieser Stelle jeden Interessenten für fähig erklären müssen, die Ratihabition gültig zu vernehmen — von welcher Beschaffenheit und Stärke sein Interesse sein möge. Wo aber liegt das Ende des Begriffs „Interesse"? Ist zu vermuthen, daß jene Fähigkeit auf ein so schwankendes Moment gestellt ist? Oder sollte nicht volle Freiheit für den modus ratum habendi bestehen?

Daß die L. 66 cit. nicht von der Ratihabition einer Stellvertretung spricht[200]), verschlägt sicherlich Nichts. Es spricht nicht der leiseste Grund dagegen, daß wir jene Freiheit auch auf diesen Fall der Ratihabition anwenden. —

Was aber die Vergleichung der Ratihabition mit dem Mandate angeht (wie in L. 12 § 4 D. cit. de soll.), so reduzirt sich das tertium comparationis auf die Wirkung dieser beiden Willensakte. Bezüglich der Beschaffenheit beider Vollmachtsgründe dagegen bleibt die Verschiedenheit, daß das Mandat dem Mandatar oder dessen Mitkontrahenten zugehen muß, die Ratihabition dagegen an Jedermann erfolgen kann.

5) Freilich scheint dieses Resultat auf den ersten Anblick ein innerlich unbefriedigendes zu sein, und daher auch die Vermuthung gegen seine positive Richtigkeit zu streiten. Es liegt insbesondere der Einwand sehr nahe, daß doch aus einer an irgend welche, ganz unbetheiligte Person gerichteten Erklärung unmöglich

---

[199]) Nicht einmal Dieses kann gesagt werden, daß der Bürge als Stellvertreter des Hauptschuldners erfüllt habe, und daraus sich erkläre, daß die Genehmigung gültigerweise auch an den Hauptschuldner erklärt werden könne. Denn der Bürge, welcher erfüllt, handelt suo nomine, und nur per consequentiam mit Wirkung für den Hauptschuldner (s. L. 32 § 1 D. de cond. ind. [12, 6]).

[200]) Denn der Sklave braucht nicht im Namen seines Herrn zu haben.

Rechte und Pflichten für andre Leute erwachsen können; vollends sei nicht abzusehen, wie in dieser Hinsicht ein Unterschied von Ratihabition und Mandat gemacht werden könne.

Das Gewicht dieser Bedenken habe ich keinen Augenblick verkannt, glaube aber schließlich, daß sie nicht unüberwindlich sind.

Wenn Jemand einen Andern bevollmächtigt, also ihn für die Zukunft befähigt, ein Rechtsgeschäft mit derselben Wirkung vorzunehmen, als ob er, der Bevollmächtigende, selber gehandelt hätte, da erscheint es wohl begreiflich, daß zur rechtlichen Existenz der Machtertheilung erfordert wird, daß sie einem der beiden künftig paziszirenden Theile zugehe. Die Unsicherheit, die darüber besteht, ob, in welcher Weise und unter welchen (vielleicht veränderten) Umständen das mandirte Rechtsgeschäft vorgenommen werden wird, die Gefahren, die daher jede Bevollmächtigung für den Mandanten mehr oder weniger erzeugt[201]) — diese Umstände rechtfertigen es gewiß, daß die Rechtsordnung für die vorausgehende Vollmachtsertheilung eine gewisse Garantie der Ernstlichkeit und Bedächtigkeit des Willensaktes verlangt, nämlich eben die Erklärung an eine der beiden Personen, welche das entscheidende Rechtsgeschäft abschließen sollen.

Anders aber liegt die Sache, wenn das entscheidende Rechtsgeschäft schon abgeschlossen worden ist. Hier läßt sich die durch dieses Rechtsgeschäft geschaffene Situation entweder sofort überschauen oder doch durch Nachforschung feststellen. Unter diesen Umständen kann es aber nicht befremden, daß die Rechtsordnung jeder (ernstlichen) Kundgabe der Genehmigung rechtlichen Bestand zuschreibt. Es liegt bei der nachfolgenden Vollmachtsertheilung kein Grund vor, weßhalb die freie Behandlung, welche das römische Recht den einseitigen Willenserklärungen angedeihen zu lassen pflegt[202]), nicht vollauf eintreten sollte[203]).

---

[201]) Man denke nur z. B. an Vollmachtsüberschreitungen; an Kollusionen des Mandatars mit dem Dritten; an in der Zwischenzeit eingetretenen Wegfall des Bedürfnisses des Prinzipals u. s. w. u. s. w.

[202]) Also z. B. der praepositio, dem jussus u. s. w. Vgl. Buchka, Stellvertretung S. 37 (§ 4 a. E.).

[203]) Es kommt noch dazu, daß die Römer sogar einen gewissen

Natürlich aber muß unter allen Umſtänden darauf geſehen werden, ob die Ratihabition eine ernſtliche und entſchiedene iſt. Ja es iſt zuzugeben, daß einer an einen ganz unbetheiligten Dritten erklärten Genehmigung jene Eigenſchaften in der Regel mangeln. Aber wenn ſie vorliegen, dann muß die Genehmigung für (ſofort) gültig erklärt werden [204]). Umgekehrt kann die Ernſtlichkeit und Entſchiedenheit der Genehmigung ſelbſt dann mangeln, wenn ſie an den gestor oder deſſen Mitpaziſzenten erklärt iſt [205]). —

V. Endlich fragt es ſich: Kann die Ratihabition ſich auf einen Theil des vom Stellvertreter vorgenommenen Rechtsge-

---

favor ratihabitionis kundgeben. Vgl. L. 16 D. de B. P. (37, 1): «Quotiens is, cui bonorum possessio ab altero postulata est, furere coeperit, magis probatum ratum eum videri habuisse: rati enim habitio ad confirmationem prioris postulati pertinet.» Der Schlußſatz will doch wohl ſagen, daß Aufbau mehr zu begünſtigen ſei, als Zerfall. Indeſſen ſoll dieſe Stelle nicht allzuſehr urgirt werden; denn (1) iſt nicht ſicher, ob nicht (nach dem Vorſchlage Mommsen's) ein «non» vor videri einzuſchalten iſt — wo dann der Schlußſatz beſagen würde, daß die Ratihabition in einer poſitiven Beſtätigung beſtehe, eine ſolche aber von einem Wahnſinnigen nicht ausgehen könne —, und (2) hat, wenn das non wegzulaſſen iſt, neben dem favor ratihabitionis ein favor bonorum possessionis mitgewirkt. — Dagegen geht die Begünſtigung der Ratihabition deutlich hervor aus L. 12 § 2 D. h. t. (46, 8):

> «— — — quid ergo, si quod primo ratum non habuit, postea habebit ratum? Nihilo magis proficere ad impediendam actionem suam et ob id, quod primo non habuit ratum, actionem salvam habere ait. Ideoque si, quod procuratori fuerat solutum, exegerit, agi perinde ex ea stipulatione (sc. ratam rem haberi) poterit, ac si ratum habere se postea non dixisset. Sed ego puto exceptionem doli mali locum habituram.»

Alſo ſelbſt nachdem die Genehmigung verſagt war, läßt ſie der Juriſt, wenn auch nur ope exceptionis, noch zu. (Vgl. über dieſe Stelle übrigens unten Anm. 375.)

[204]) Vgl. L. Seuffert, Ratihabition S. 139 (denn Was er hier von der Ratihabition eigner Rechtsgeſchäfte ſagt, meint er gewiß auch der Ratihabition der Stellvertretung).

[205]) Vgl. das intereſſante Beiſpiel, welches Ruhſtrat, Jahrbb. für Dogmatik Bd. 10 S. 227, 228 anführt.

ſchäfts beſchränken, oder muß ſie das ganze Rechtsgeſchäft betreffen, wenn ſie von rechtlicher Wirkung ſein ſoll?

Hievon im folgenden § beſonders.

§ 9. Insbeſondere von der Zuläſſigkeit der theilweiſen Ratihabition.[206])

I. Soll an die Zuläſſigkeit theilweiſer Ratihabition überhaupt gedacht werden, ſo muß es ſich natürlich um ein vom gestor vorgenommenes Rechtsgeſchäft von denkbarerweiſe theilbarem Inhalt handeln[207]).

Dieſer — freilich unbeſtreitbare — Satz iſt aber auch ſo ziemlich das Einzige, Was hier feſtſteht. Ueber die Frage, ob die Denkbarkeit der Theilung den Vertretenen zu derſelben auch wirklich berechtige, beſteht ein buntes Gemenge der verſchiedenſten Anſichten.

Der, ſchon Jahrhunderte lang andauernde, Streit über dieſen Punkt iſt hervorgerufen durch drei Pandektenſtellen, die ich, behufs ſofortiger Orientirung, a limine edire.

Während einerſeits zwei Stellen deutlich für die fragliche Zuläſſigkeit reden:

L. 17 D. h. t. (46, 8) (von Marzellus):

«Cum debitore decem creditoris nomine Titius egit: partem petitionis ratam habuit dominus.

---

[206]) Literaturangaben bei L. Seuffert, Ratihabition S. 79. Beizufügen ſind: Seuffert ſelbſt, S. 79—94; Girtanner l. c. pag. 28—33; Regelsberger, krit. Vierteljahrsſchrift Bd. 11 S. 374; Polignani l. c. pag. 45—59; Gregory l. c. pag. 57—60; etwa auch Chambon a. a. O. S. 50 (Note 3).

[207]) Vgl. Seuffert a. a. O. S. 81; Girtanner l. c. pag. 28; Grieſinger a. a. O. S. 50; Agricola l. c. pag. 34; Gregory l. c. pag. 60.

Es iſt alſo theilweiſe Ratihabition z. B. dann undenkbar, wenn der gestor Namens des Vertretenen eine Realſervitut beſtellt, oder ein untheilbares facere oder non facere verſprochen hat.

Dicendum est obligationis partem consumptam, quemadmodum si decem stipulatus esset aut exegisset creditorque non totum, sed partem gestae rei comprobasset. Idcirco si ex stipulatu «« decem aut Stichum, utrum ego voluero »» absente me Titius domino quinque petisset, insecuta ratihabitione recte actum videri.»

und L. 18 eod. (von Pomponius):

«Si procurator ratam rem dominum heredemve ejus habiturum caverit et unus ex heredibus domini ratum habeat, alter non habeat, sine dubio committetur stipulatio pro ea parte, pro qua ratum non habebitur, quia in id committitur, quod stipulatoris intersit. Nam et si ipse dominus pro parte ratum habuerit, pro parte non habuerit, non ultra quam in partem committetur stipulatio, quia in id committitur, quod intersit agentis. Et ideo saepius ex ea stipulatione agi potest, prout intersit agentis, quod litigat, quod consumit, quod advocat, quod damnatus solvit, sicut in stipulatione damni infecti accidere potest, ut is, qui stipulatus sit, subinde agat: cavet enim ««si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur»». Finge ergo subinde damnum dari: non erit dubium, quin (Mommsen ins. subinde) agere possit — — — —» —

ſo lautet andrerſeits der „berüchtigte" § Cato (L. 4 § 1 D. de V. O. [45, 1], von Paulus) alſo:

«Cato libro quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti ««iter fieri»», quia quod in partes dividi non po-

test, ab omnibus quodammodo factum videretur: at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti ««amplius non agi»», tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit [208]) illam stipulationem ««per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat»». Sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione ««Titium heredemque ejus ratum habiturum»»: nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere **non** potest».

Von vornherein iſt nun feſtzuhalten, daß an einen Widerſpruch der letzten Stelle mit den beiden erſten nicht gedacht werden darf. Denn L. 17 cit. rührt von demſelben Marcellus her, von welchem L. 1 § 4 cit. ſagt: «idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest». Entweder gehört dieſes «quamvis pp.» noch zum Gedanken des Marcellus: dann iſt ſofort klar, daß er mit ſeinem eignen Ausſpruch in L. 17 cit. nicht wohl in Widerſpruch ſtehen kann. Oder aber das «quamvis pp.» iſt eine (eigne) Bemerkung des Paulus. Allein auch dann ändert ſich an der Sache Nichts; denn Paulus konnte dieſe Bemerkung unmöglich machen, wenn Marcellus über das «pro parte ratum habere» des dominus anders gedacht hätte als Paulus [209]). Alſo auch bei der zweiten Auffaſſung des «quámvis pp.» bleibt wahr, daß Marcellus in

---

[208]) Nach dem Vorſchlag Mommsen's wäre hier einzuſchieben «similemque esse huic» oder dergl.

[209]) Es wäre dann etwa zu erwarten geweſen: «idque (sc. daß nur der nichtratihabirende Erbe darob belangt werden kann) et Marcello videtur. Imo ipsum dominum pro parte ratum habere posse Marcellus putat: quae quidem sententia mihi falsa videtur.»

dieſer Stelle die theilweiſe Genehmigung durch den «dominus» ſelbſt für unzuläſſig hält, in L. 17 cit. aber für zuläſſig. Auch bei jener zweiten Auffaſſung iſt ſonach dringend zu vermuthen, daß der Widerſpruch ein nur ſcheinbarer iſt.

II. Folgende nun ſind die weſentlichſten Anſichten, welche über unſere Stellen, und, in Verbindung damit, über die ganze vorliegende Frage an's Tageslicht getreten ſind.

1) Busse (Diss. de ratihabitione [Lipsiae 1834] pag. 34 sqq.) geht davon aus, daß theilweiſe Genehmigung nicht möglich ſei, legt alſo die L. 4 § 1 D. cit. zu Grunde, und ſucht damit die beiden erſten Stellen in Einklang zu bringen. Die willkürliche und verkünſtelte Art aber, wie er dieſen Einklang herzuſtellen ſucht [210]), iſt von Andern [211]) ſo genugſam beleuchtet worden, daß wir Nichts beizufügen brauchen.

2) Girtanner [212]) hält eine theilweiſe Genehmigung, im Prinzipe, für möglich. Die L. 4 § 1 cit. aber erklärt er ſo. Die Stelle gehe davon aus, daß Jemand, der eine Konventionalſtrafe verſprochen hat, mit Hinterlaſſung mehrerer Erben ſtirbt. Es werde nun unterſchieden, ob die durch die Konventionalſtrafe geſicherte Obligation eine untheilbare oder eine theilbare Handlung (oder Unterlaſſung) zum Inhalte habe. Erſtenfalls ſeien, wenn auch nur Ein Erbe pflichtwidrig handle, Alle (pro partibus hereditariis) ſchuldig, die Konventionalſtrafe zu bezahlen; zweitenfalls hafte nur der ſeiner Verpflichtung Zuwiderhandelnde (pro parte hereditaria sua). Als Beiſpiel für dieſen zweiten Fall werde das Verſprechen «amplius non agi» angeführt und mit dem Verſprechen «Titium heredemque ejus ratum habi-

---

[210]) So gipfelt ſeine Erklärung der L. 17 cit. darin, daß er annimmt, es ſei in derſelben nicht von der theilweiſen Genehmigung, ſondern von der (vollen) Genehmigung der theilweiſen Einklagung der Forderung die Rede!

[211]) Seuffert a. a. O. S. 87; Polig'nani l. c. pag. 48—52. S. auch Girtanner l. c. pag. 30 («sensum perverse interpretatur»); Agricola l. c. pag. 32, 33 («interpretationem duriorem contortioremque elaboravit»). — Auffälligerweiſe wird die Buſſe'ſche Anſicht von Chambon a. a. O. rundweg adoptirt.

[212]) L. c. pag. 28, 29.

turum» auf Eine Linie gestellt. Daß aus diesen Stipulationen aber eine Verpflichtung (auch) des Prinzipals (und nicht, wie in L. 18 cit., blos eine Verpflichtung des Vertreters) hervorgehe, erkläre sich daraus, daß in L. 4 § 1 cit. von einem procurator die Rede sei, welcher in Gemäßheit eines (General)-Mandats des Prinzipals kavirt habe und daher Letzteren verpflichte [213]).

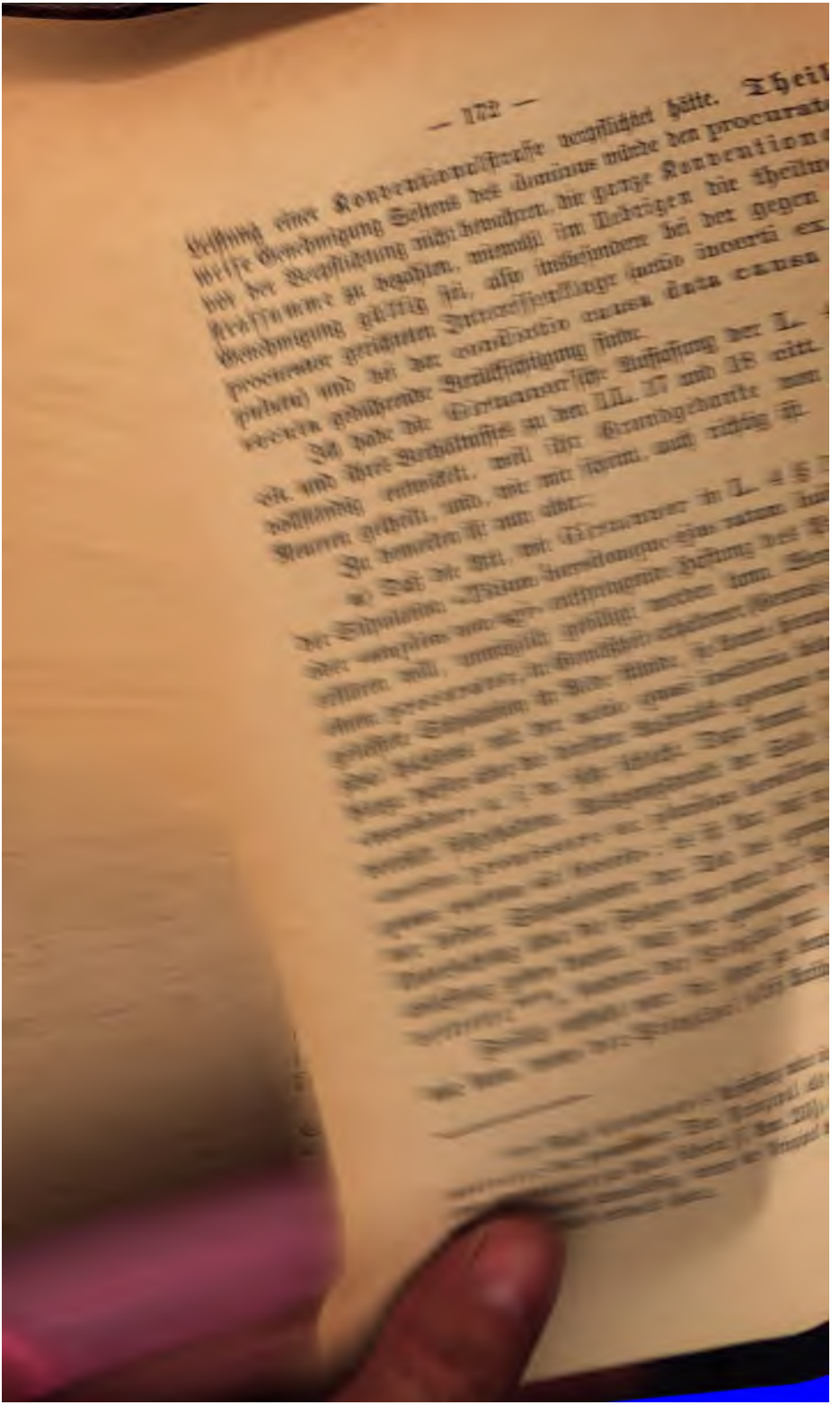
Wiewohl nun, im Falle solcher theilbaren Obligationen, von mehreren Erben des Prinzipals Jeder durchaus, auch Was die Konventionalstrafe betreffe, nur dafür hafte, daß er zu seinem Theil genehmige, so sei Das natürlich anders in Betreff des Prinzipals selbst: dieser könne zwar insofern theilweise genehmigen, als er alsdann mit der Hauptklage nur wegen des Restes belangt werden könne — denn die Hauptklage gehe nur auf das wirkliche Interesse — [214]); dagegen könne seine theilweise Genehmigung nicht verhindern, daß die ganze Konventionalstrafe verfalle; denn Er habe doch auch dann immerhin pflichtwidrig gehandelt [215]). So seien die Worte: «quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest» zu erklären. In diesem Sinne — Das ist offenbar der Schlußstein der Girtanner'schen Argumentation — würden wir auch in den Fällen der LL. 17 und 18 citt. sagen dürfen, daß dominus pro parte ratum habere non potest: nämlich dann, wenn der procurator sich für den Fall, daß der Prinzipal nicht ratihabire, zur

---

[213]) «Haec cautio (sc. amplius non agi» oder, Was auf Dasselbe hinauskomme, «ratam rem haberi») promitti potest aut a falso procuratore, aut a vero. Hoc loco Paulus cogitat de vero procuratore, qui secundum generale aliquod domini mandatum cavet dominum amplius non acturum i. e. ratum habiturum, ita ut dominus inde obligetur.» (pag. 31.)

[214]) «Si nulla certae pecuniae poena erat promissa, tunc, ut videmus ex L. 18 D. r. r. h., non ultra quam in partem committebatur stipulatio, quoniam tunc intentio ita erat concepta: ««quidquid dare facere oportet.»» (pag. 32.)

[215]) «Cum certa pecunia promissa ita concepta esset intentio: ««si paret e. gr. centum dare oportere»»; condemnatio pendebat ex eo, an aliter quid factum sit atque cautum; aliter autem factum erat, si egerat promissor (worunter Girtanner hier den Prinzipal, als Mandanten, versteht) licet pro parte tantum.» (pag. 31, 32.)



dieſer gleichgeſetzt werden kann, «amplius non agi» verſpricht, von einem non habere ratum, resp. von einem amplius agere, überhaupt noch die Rede ſein? Liegt denn nicht eben in jenen Verſprechungen eine Bevollmächtigung des Stellvertreters, oder, wenn der Prozeß ſchon anhängig, eine Ratihabition? Wie kann er da überhaupt noch mit Erfolg Klage erheben?

Für die stipulatio «amplius non agi» böte ſich vielleicht die Erklärung, daß ſie von einem Solchen geleiſtet worden iſt, welcher (ſelber) eine von zwei konkurrenten, denſelben Zweck verfolgenden, Klagen angeſtellt hat. In gewiſſen Fällen nämlich geht durch Befriedigung des Einen konkurrenten Anſpruchs der andere nicht ohne Weiteres, wenigſtens nicht jure civili, unter; erhebt aber der Berechtigte den Einen Anſpruch, ſo muß er Kaution ſtellen dafür, daß er den anderen nicht erheben werde. S. L. 13 D. de R. V. (6, 1):

> «— — — — Finge debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per judicem habebitur, quanto deterior sit factus. Quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias judex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aequiliae. Et Labeo putat cavere petitorem oportere lege Aquilia non acturum. Quae sententia vera est.»

Indeſſen iſt es bei näherer Erwägung ſehr bedenklich, das «amplius non agi» der L. 4 § 1 cit. von einem derartigen Falle zu verſtehen. Denn es iſt höchſt unwahrſcheinlich, daß Jemand, der ſein gutes Recht in Geſtalt des Einen konkurrenten Anſpruchs verfolgt, ſich dazu herbeigelaſſen hätte, die ihm obliegende Kaution in Geſtalt eines Straſſummenverſprechens zu ſtellen. Zudem muß das ſimple «amplius non agi» im Zweifel auf die Nichtwiederanſtellung derſelben actio bezogen werden. Endlich würde die von uns verſuchte Erklärung höchſtens für die Stipulation «amplius non agi» zutreffen, keinenfalls aber für die Stipulation «Titium heredemque ejus ratum habiturum»: für das Verſprechen des Klägers ſelbſt, eine gewiſſe Klage nicht anſtellen zu wollen, wäre die Zuſage, er wolle die

(eigne) Anſtellung der erſten Klage „ratihabiren“, mindeſtens ein höchſt ſchwerfälliger Ausdruck.

Sonach werden wir denn zu der Auffaſſung gedrängt, daß der Prinzipal in der That Kautionen resp. Strafſtipulationen wegen der von einem Stellvertreter angeſtellten Klage leiſtet, und zwar dahin resp. dafür leiſtet, daß er, der Prinzipal, dieſe ſelbe Klage nicht mehr anſtellen werde.

Um nun dem obigen Bedenken, daß in ſolchen Verſprechungen ſtets eine Bevollmächtigung resp. eine Ratihabition enthalten ſei, zu begegnen, ſo bekennen wir uns zu der Seuffert'ſchen Anſicht, wonach die Sache ſich dadurch erklärt, daß in der älteren Zeit nur der cognitor, alſo ein in jure [216]), in Gegenwart des Gegners, mit beſtimmten Worten ernannter Vertreter, die Klage des Prinzipals durch die Prozeßerhebung konſumiren konnte. (Vgl. Bethmann-Hollweg, röm. Zivilprozeß Bd. 2 S. 431—435.) Da war denn freilich, wenn der Vertreter ein ſimpler procurator, der Prinzipal an neuer Klaganſtellung alſo nicht gehindert war, ſehr wünſchenswerth, daß der Prinzipal ſelbſt dem Dritten die Genehmigung [217]) und, für den Fall ihrer Verweigerung, eine Strafſumme verſprach.

---

[216]) Hätte dieſes Erforderniß nicht beſtanden, ſo würde unſer Bedenken unerledigt bleiben; denn wenn auch außergerichtliche Erklärung an den Gegner genügt hätte, ſo wäre nicht wohl begreiflich, daß man dieſem einfachen und direkten Wege den indirekten der Kaution resp. Strafſtipulation vorgezogen hätte. Es iſt daher obiges Erforderniß, welches z. B. von Bethmann-Hollweg (röm. Zivilprozeß Bd. 2 S. 418) beſtritten wird, wenigſtens zu beſcheinigen. Ich lege nun weniger Werth auf die Interpr. L. 7 C. Th. h. t. («Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente judice litigator injungit») — denn dieſe Stelle könnte man allenfalls, mit Bethmann-Hollweg, (blos) auf den procurator apud acta factus der ſpäteren Zeit beziehen — wie vielmehr 1) Auf Fragm. Vat. § 317: «apud acta constituto procuratori haec satisdatio (sc. ratam rem dominum habiturum) remitti solet. Nam cum apud acta nonnisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intelligendus est — — —» (alſo war doch auch der Beſteller eines cognitor „präſent“ d. h. vor Gericht); und 2) Auf die Erwägung, daß nur bei gerichtlicher Beſtellung des cognitor für Liquidität ſeiner Vollmacht geſorgt war.

[217]) Ob dieſe Genehmigung, wie die (vorausgehende) Beſtellung eines

Wir dürfen uns aber nicht verhehlen, daß diese Erklärung [217a]) zwar für die Zeit des Cato, aber nicht mehr für die des Paulus zutrifft. Denn zu seiner Zeit stand fest, daß jeder, wenn auch formlos Bevollmächtigte, die Klage des Prinzipals zu konsumiren fähig ist. Vgl. statt Aller die von Ulpian (also einem Zeitgenossen des Paulus) herrührende L. 11 § 7 D. de exc. rei jud. (44, 2) [218]) («Hoc jure utimur, ut in exceptione rei judicatae hae personae continerentur, quae rem in judicium deducunt. Ex parte actoris inter hos erunt procurator, cui mandatum est [219]), tutor etc.»). Sonach kann nicht geleugnet werden, daß in den uns vorliegenden Stipulationen «Titium (i. e. se ipsum) heredemque ejus (suum) ratum habiturum» und «amplius non agi» zur Zeit jener Juristen eine vollgültige Bevollmächtigung des Stellvertreters, resp. wenn der Prozeß schon anhängig, eine vollgültige Ratihabition lag. Wenn man nun fragt: vor welchem «amplius agere» oder «ratum non habere» die Kaution resp. Strafstipulation

---

cognitor, ein förmlicher Akt vor dem Prätor gewesen ist, welcher dann in seinen Wirkungen der Bestellung eines cognitor gleichgestanden hätte (s. Seuffert S. 85), lasse ich dahingestellt. Innere Wahrscheinlichkeit hat diese Möglichkeit der Nachholung förmlicher Vollmachtsertheilung jedenfalls nicht. Die Genehmigung wird eben einfach in Nichtanstellung der Klage (amplius non agere) bestanden haben.

[217a]) Welche, wie bemerkt, schon von Seuffert vertheidigt wird (s. dessen Ratihabition S. 84—87, S. 89). Doch ist nicht ganz klar, ob Seuffert in der That an eine vom Prinzipal dem Dritten oder an eine vom Prinzipal dem Vertreter geleistete Stipulation denkt. — Ubbelohde, die Lehre von den untheilbaren Obligationen (Hannover 1862) S. 285—294 (bes. S. 293) versteht die Stipulation «Titium heredemque ejus ratum habiturum» der L. 4 § 1 von dem Falle, daß ein Stellvertreter verklagt worden ist; der dominus verpflichte sich hier dem Stellvertreter, „seine Prozeßführung genehm zu halten, namentlich die Unkosten zu decken und insbesondere ihn von der Leistung des Judikats durch dessen Uebernahme zu liberiren." Die Widerlegung dieser Ansicht würde hier zu weit führen.

[218]) Ich habe hier die scharfsinnige von Mommsen vorgeschlagene Umstellung vorgenommen.

[219]) Daß aber auch (formlose) Ratihabition der stellvertretenden negotiorum gestio genügt, sagt derselbe Ulpian in L. 56 D. de jud. (5, 1).

zu Paulus und Ulpians Zeit denn noch habe sicher stellen sollen, so kann meines Erachtens keine andere Antwort gegeben werden, als diese: vor einem faktischen amplius agere, vor einem faktischen ratum non habere. Und solche Sicherung hat auch gar nichts Verwunderliches. Denn falls der Prozeß des Prokurators ein ungünstiges Ende genommen hatte, so lag die Gefahr nicht fern, daß der Prinzipal, wiewohl ohne rechtliche Befugniß dazu, die Klage faktisch selber noch einmal erhub; wiewohl er damit, wenigstens schließlich, abgewiesen werden mußte, so verursachte er immerhin dem Gegner — auch außer den Prozeßkosten — Nachtheile der mannichfachsten Art; gegen diese Nachtheile sollte die vom Prinzipal übernommene Garantie schützen [220]).

Haben wir im Vorstehenden die Haftung des Prinzipals aus den beiden in Rede stehenden Stipulationen anders begründet, als Girtanner, so bleibt darum doch Dasjenige, Was er über den Einfluß der theilweisen Ratihabitionen sagt, von welchen in L. 4 § 1, L. 18, 19 citt. die Rede ist, im Ganzen richtig.

Das Abweichende unserer Ansicht liegt im Wesentlichen darin, daß wir die in L. 4 § 1 statuirte Haftung des Prinzipals aus Dessen eigenem Versprechen, nicht aus dem eines (gewaltbevollmächtigten) procurator erklären.

b) Wichtiger aber, als die soeben gegen Girtanner entwickelten Bedenken, ist für unsere eigentliche Frage Dieses, daß Girtanner überall da, wo Theilung in abstracto denkbar ist, die Zulässigkeit theilweiser Genehmigung, im Prinzipe, statuirt, ohne näher zu entwickeln, ob und inwiefern solche Theilung mit dem Interesse, und daher auch mit dem rechts-

---

[220]) Eine Parallele zu dem Gesagten liefert der Fall, daß Einer von mehreren Korrealgläubigern gegen den Schuldner klagt. Obgleich die Andern nun nicht mehr klagberechtigt sind, so ist doch die natürliche Gefahr vorhanden, daß ein Solcher faktisch noch einmal klagt; und es kann nichts Anstößiges darin gefunden werden, wenn man dem Kläger, wenigstens in gewissen Fällen, cautio defensum iri auferlegt. Das Abunseres Falles ist nur Das, daß hier Kaution nicht vom Klägern von Dem gestellt wird, von Dessen Seite nochmalige Klage ten ist.

geschäftlichen Willen des Dritten, der sich mit dem gestor eingelassen hat, sich vertrage [221]).

3) Griesinger (a. a. O. S. 47—50) läßt ebenfalls theilweise Genehmigung prinzipiell zu, und sucht die L. 4 § 1 D. cit. damit in Einklang zu bringen. Von Interesse ist weniger dieser letztere — nicht ganz klar entwickelte — Versuch, als die Art, wie Griesinger die Möglichkeit theilweiser Ratihabition aus der Natur der Sache zu begründen sucht. Indessen läuft diese Begründung einfach darauf hinaus, daß theilweise Ratihabition möglich sei, wenn dadurch der wesentliche Charakter des vom gestor abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nicht verändert werde (S. 49). Andernfalls sei noch eine Einwilligung des Dritten erfordert; „aber hier sei auch von einer eigentlichen Ratihabition gar nicht die Rede, vielmehr enthalte die theilweise Genehmigung eines früheren Akts, der durch diese Theilung ein ganz andrer werde, lediglich die Offerte eines neuen Geschäfts, welche erst durch die Zustimmung des andern Kontrahenten zu einem gültigen Rechtsgeschäfte werde." (S. 50.) So richtig diese Bemerkungen sind, so vermißt man doch eine nähere Erläuterung des, für die Zulässigkeit der theilweisen Ratihabition als maßgebend erklärten, „unveränderten wesentlichen Charakters", in specie aber eine Erprobung der Theorie an den maßgebenden Quellenaussprüchen.

4) Aehnliches gilt von Agricola (l. c. pag. 32—34), der für entscheidend erklärt, ob «in divisione negotii ipsius natura una eademque manet» (pag. 33 unten, 34 oben). Nähere Erläuterung dieser «natura» wird nicht gegeben [222]).

5) Derselbe Mangel an Veranschaulichung bei Beckhaus (Ueber die Ratihabition der Rechtsgeschäfte [Bonn 1859] S. 37—43). [223])

---

[221]) Was Girtanner (pag. 29 Abs. 2) über diesen Punkt bemerkt, ist viel zu lückenhaft.

[222]) Die von Agricola einfach angeführten Beispiele können als solche Erläuterung nicht gelten.

[223]) So bemerkt er z. B. (S. 42): „Und wenn man in Betracht zieht, daß für den juristischen Begriff der Theilbarkeit stäts die Voraussetzung gilt, es dürfe das zu Theilende durch die Zerlegung sein früheres

6) Desgleichen bei Gregory (l. c. pag. 57—60) [224]).

7) Hoch über den bisher zitirten Erörterungen steht, sowohl Was Quellenexegese als Was sachliche Erörterung anlangt, die Ausführung von L. Seuffert (a. a. O. § 15 [S. 79—94]).

Seuffert hält nach der Natur der Sache eine theilweise Genehmigung für unzulässig. Solche Genehmigung schädige entweder das Interesse des Dritten oder das des gestor in empfindlicher Weise; ein Punkt, der von Seuffert gut veranschaulicht wird (S. 82, 83, vgl. mit S. 81) [225]). Doch ist Seuffert unbefangen genug, um einzusehen, daß nicht nur in den LL. 17 und 18 h. t., sondern auch in L. 4 § 1 D. de V. O. die Möglichkeit theilweiser Genehmigung anerkannt ist [226]).

Wesen nicht verlieren, so haben auch nur diejenigen Rechtsgeschäfte einen theilbaren Inhalt, die durch die Abtrennung einzelner Bestandtheile ihren wesentlichen Charakter nicht einbüßen, und kann auch nur bei diesen die theilweise Ratihabition möglich sein."

[224]) «actum eum esse debere ut divisionem recipiat, et insuper ut divisione facta naturam non mutet» (pag. 60).

[225]) So sagt er z. B.: „Jedes Rechtsgeschäft bildet ein wirthschaftliches Ganzes und läßt sich, obgleich das Objekt theilbar ist, keineswegs in beliebig viele Theile zerlegen, die zusammen das ganze Rechtsgeschäft repräsentiren. Vielmehr wird ein seinem Objekte nach getheiltes Geschäft in seiner Abminderung oft eine ganz andere wirthschaftliche Stellung einnehmen. Der X, der meinem als offener Stellvertreter auftretenden Gestor ein Kapital von 10 000 fl. als Darlehen verspricht, müßte, wenn theilweise Genehmigung gestattet wäre, sich gefallen lassen, daß ich dieses Darlehen auf 9800 fl. genehmige, und behielte jetzt noch 200 fl. Capital in Handen, die er, wie es bei solchen kleinen Beträgen leicht vorkommen kann, keineswegs sofort wieder ausleihen könnte." Läßt sich nun freilich dieses von Seuffert angeführte Beispiel, beim Hinblick auf die heute verbreiteten Sparkassen pp., allenfalls beanstanden, so ist ganz unanfechtbar das unmittelbar folgende: „Ebenso müßte der X, der meinem als offenem Stellvertreter handelnden Gestor 100 Morgen zusammenhängendes Ackerland um 20 000 fl. verkauft, sich gefallen lassen, daß ich das Geschäft auf 50 Morgen um 10 000 fl. genehmige, obwohl die gesonderten 50 Morgen, welche dem X noch verbleiben, vielleicht nur noch den vierten Theil der Kaufsumme werth sind."

[226]) Von der L. 4 § 1 cit. giebt er (S. 84—87) eine im Ganzen zutreffende Interpretation; namentlich bemerkt er (S. 86) richtig: „Der Dominus, der in Stipulationsform die Genehmigung einer Prozeßführung

Seuffert will nun aber diese Möglichkeit auf die in den genannten Stellen erwähnten Fälle beschränken, also auf den Fall der Prozeßerhebung, auf den, „wenn ein Prokurator Namens des Dominus eine Stipulation als Gläubiger geschlossen", und auf den der Einkassirung einer Schuld (S. 88—90, 92—94). Zur Erklärung dieser drei Ausnahmen aber bemerkt er (S. 89): „Was den Fall der Prozeßführung als Kläger und den der Stipulation anlangt, so läßt sich vermuthen, daß die strenge einseitige und formale Natur der Prozeßobligation und der Obligation, die durch Stipulation entsteht, die Ursachen gewesen sind, warum eine Theilung der Obligation auf Seite des Gläubigers möglich ist. Bezüglich der Zahlungseintreibung auf außergerichtlichem Wege ist es nicht unwahrscheinlich, daß sich der Jurist (Marcellus) durch die Aehnlichkeit mit der gerichtlichen Eintreibung zu deren Hereinziehung verleiten ließ, ohne an die eigenthümliche Natur der obligatio, die aus der litiscontestatio entstand, zu denken."

Hiergegen muß nun aber

a) vor Allem bemerkt werden, daß die letzte Behauptung offensichtlich unbegründet ist. Denn ein Blick auf die L. 17 lehrt, daß die außergerichtliche Eintreibung nicht etwa im Schlepptau

---

durch seinen Prokurator versprochen hat, kann theilweise genehmigen; aber die Stipulation ist nicht etwa bezüglich der Quote, welche dem genehmigten Theile entspricht, sondern ganz verfallen." Entschieden irrig aber ist es, wenn Seuffert (S. 86, letzter Absatz) die abweichende Entscheidung der L. 18 h. t., wonach im Falle theilweiser Genehmigung des Dominus die stipulatio ratum dominum habiturum als pro parte verfallen bezeichnet wird, daraus erklärt, daß — wie allerdings richtig — L. 4 § 1 von einer vom dominus selbst, L. 18 von einer vom Prokurator interponirten Stipulation handelt. Der Grund der verschiedenen Entscheidung liegt vielmehr darin, daß in L. 4 § 1 eine Strafstipulation, in L. 18 aber eine Interessestipulation eingegangen ist. Hätte in L. 4 § 1 der Dominus eine Interessestipulation geleistet, so hätte er bei theilweiser Genehmigung der Prozeßführung nur auf das Interesse des Gegners an der Genehmigung des Restes gehaftet. Und umgekehrt: Hätte in L. 18 der procurator eine Strafstipulation geleistet, so hätte er dieselbe ganz erfüllen müssen, wenn der Prinzipal auch nur einen Theil der Prozeßführung nicht genehmigt hätte.

der gerichtlichen erſcheint, ſondern umgekehrt, daß das über die theilweiſe Genehmigung gerichtlicher petitio Geſagte durch den Hinweis auf die, noch klarere, Möglichkeit theilweiſer Genehmigung einer außergerichtlichen Novation oder Eintreibung erläutert wird. Folglich liegt jedenfalls bei der außergerichtlichen Eintreibung ein ſelbſtſtändiger, von Formalcharakter unabhängiger Grund vor, aus welchem das R. R. theilweiſe Genehmigung geſtattet.

b) Aber auch für die Prozeßerhebung und die Novation [227]) kann Seuffert's Erklärung als haltbar nicht anerkannt werden.

Schon Regelsberger (krit. V.-Schrift Bd. 11 S. 374) hat bemerkt, „dieſe aus der beliebten Rüſtkammer der Formalnatur entlehnte Erklärung habe wenig Anſprechendes".

Wir aber halten die Erklärung gradezu für unmöglich. Denn Marzellus faßt bei ſeiner Erörterung gar nicht die Frage in's Auge, ob durch theilweiſe Genehmigung die neue Obligation (Prozeßobligation resp. durch außergerichtliche Novation entſtehende Stipulationsobligation) theilweiſe zur Entſtehung kommen könne, ſondern die Frage, ob durch theilweiſe Genehmigung die **alte** Obligation theilweiſe **untergehen** (konſumirt resp. novirt werden) könne. Ob aber dieſe alte Obligation von „ſtrenger einſeitiger und formaler Natur" iſt, Das iſt, wenigſtens im Falle der Novation, für unſre Frage offenbar ganz unerheblich. Die der theilweiſen Genehmigung fähige Novation konnte (wie die «exactio») ebenſowohl eine freie Schuld,

---

[227]) Daß mit den Worten «si decem stipulatus esset» nur an eine ſolche gedacht werden kann, und nicht an den von Seuffert unterſtellten Fall „wenn ein Prokurator Namens des Dominus eine" — offenbar: gewöhnliche — „Stipulation als Gläubiger geſchloſſen" iſt ganz gewiß. Denn, wie wir oben (§ 4) geſehen haben, war direkter Abſchluß der Stipulation auf fremden Namen ungültig, und ein indirekter erzeugte für den Prinzipal nur in Ausnahmefällen eine actio (utilis). Nur bei der Novationsſtipulation kann man inſofern von Stellvertretung reden, als, Vollmacht vorausgeſetzt, durch die Stipulation des Nichtgläubigers die alte Schuld grade ſo gut untergeht, wie wenn der Gläubiger ſelbſt ſtipulirt hätte.

z. B. aus Kauf oder Miethe, wie eine strenge Schuld, z. B. aus Darlehen oder Stipulation, betreffen [218]). —

Sonach scheinen uns die in L. 17, 18 und 4 § 1 citt. anerkannten Fälle theilweiser Genehmigung von Seuffert nicht genügend erklärt zu sein.

III. Indem wir nun selber den Versuch einer befriedigenden Erklärung der vorliegenden Stellen machen, gehen wir mit Seuffert insoweit Hand in Hand, daß auch wir, ungeachtet der Theilbarkeit eines Rechtsgeschäfts, wirklicher Zulässigkeit der theilweisen Genehmigung im Prinzipe leugnen. Es ist Seuffert's Verdienst, gezeigt zu haben, daß eben logische Denkbarkeit der Theilung und wirthschaftliche Theilbarkeit verschiedene Dinge sind, und daß die Rechtsordnung, welche blos auf das erstere und nicht auch auf das letztere Moment sehen wollte, die Interessen des gestor und seines Vertragsgegners schwer gefährden würde. Die desfallsigen Ausführungen Seuffert's noch weiter zu vertheidigen, wäre unnöthiges Beginnen.

Selbstverständlich sprechen alle Gründe, welche gegen die Möglichkeit theilweiser Genehmigung durch den Prinzipal selbst sprechen, auch gegen die Möglichkeit derselben durch einen oder einige Erben: auch die (sämmtlichen) Erben können (in der Regel) nur entweder ganz oder gar nicht ratihabiren [219]).

Je klarer Alles Das ist, um so schärfer müssen wir zusehen,

---

[218]) Theilweise Genehmigung einer Prozeßerhebung ist allerdings nur denkbar, wenn eine intentio certa vorliegt (wenn also z. B. wie in L. 17 cit., «cum debitore decem creditoris nomine Titius egit»). Allein der Grund dieser Beschränkung liegt einfach in der logischen Unmöglichkeit, eine intentio incerta zu zertheilen, nicht in der freien Natur des Obligationsverhältnisses oder in der Formlosigkeit des Kontrakts, der die Obligation begründet hatte. Die bezeichnete Unmöglichkeit trat gerade sowohl bei der (möglicherweise auf Stipulation beruhenden) condictio incerti, wie bei den actiones bonae fidei ein.

[219]) Eine andere Frage ist die, ob nicht unter Umständen die zur Ratihabition eines vortheilhaften Rechtsgeschäfts geneigten Miterben einen die Ratihabition halsstarrig verweigernden mittelst der actio familiae herciscundae zur Ratihabition zwingen können — eine Frage, die hier nicht zu erörtern ist.

wie es ſich erkläre, daß in L. 17 und 18 D. R. R. H. [229a]) theilweiſe Genehmigung ganz anſtandslos für zuläſſig erachtet wird.

Nun führt, wie mir ſcheint, ſchon eine konſequente Verfolgung der Seuffert'ſchen Ideen auf die Vermuthung, daß es ſich in jenen Stellen eben um lauter ſolche Fälle handle, in denen kein vernünftiges Intereſſe des gestor oder des Dritten beſteht, welches durch theilweiſe Genehmigung verletzt würde [230]).

Es gilt alſo, zu unterſuchen, ob dieſe Vermuthung wirklich richtig iſt.

Dürften wir uns der Anſicht Polignani's (l. c. § 11) anſchließen, dann wären wir freilich gleich am Ziel. Polignani behauptet nämlich nichts Geringeres, als daß in den drei Fällen der L. 17 cit., alſo wenn der gestor eine Forderung des Prinzipals eingezogen, novirt oder rechtshängig gemacht hat, der Prinzipal durch theilweiſe Genehmigung dem Dritten den Reſt — erlaſſe! [231]). Daß hierdurch „dem Manne geholfen wäre", iſt

---

[229a]) Daß L. 4 § 1 D. de V. O. dieſen L. L. nicht entgegenſteht, haben wir gezeigt.

[230]) Dieſen Weg hält auch Regelsberger (krit. Vierteljahrsſchrift Bd. 11 S. 374) für den richtigen. Nur hat er ihn, der Situation gemäß, nicht verfolgt.

[231]) Man höre ſelbſt: «A noi sembra di potere spiegare cotesto frammento (sc. L. 17 cit.) così come si trova, senza bisogno di proporre una varietà di lezione. (Dieſen Vorſchlag macht nämlich Busse.) Marcello esamina quattro casi, de' quali i primi tre accennano alla ratifica di una parte dell' operato dal procurator, mediante una remissio che faccia il dominus di una parte del debito, sia nel corso di un guidizio, sia dopo una stipulazione od una esazione fatta dal medesimo procurator. Che quel decem indichi genus et quantitas, ovvero species, non rileva più che tanto. Tizio agì contro un debitore di dieci, e se a questo montava il debito, ha dovuto chiederlo tutto intero; ma il dominus ha ratificato una parte della dimanda, una parte della petitio fatta per appunto dal procuratore; ora se il guire-consulto afferma che una parte dell' obbligazione è consumta, comprendesi di primo tratto che ciò non altrimenti può avvenire, salvo che con una rinuncia del rimanente del debito fatta dal dominus a pro del debitore. In vece di dieci egli è contento di avverne una metà, un terzo, due terzi u. ſ. w." (mag. 50, 51). Wie es ſcheint, iſt der ſeltſame Irrthum blos durch das

gewiß sehr einleuchtend. Doch wird Niemand in die Versuchung kommen, dieses Radikalmittel zu approbiren. Wir lassen Polignani gewiß volle Gerechtigkeit widerfahren, wenn wir zugeben, daß Fälle solchen Erlasses **möglich** sind [232]).

Unseres Erachtens erklären sich die fraglichen Stellen einfach in folgender Weise.

In allen drei Fällen, um welche es sich in diesen Stellen handelt, also in den Fällen der Prozeßerhebung, Einkassirung und Novation, wird von dem negotiorum gestor über ein dem Prinzipal zustehendes Recht in der Weise disponirt, daß Aufhebung dieses Rechts, also Befreiung des Dritten eintreten soll. Und zwar ist durch die Ratihabition des Prinzipals nur die Gültigkeit jener **Dispositionen**, nicht auch das vom Dritten geleistete **Aequivalent** bedingt. Dieses Aequivalent ist, und zwar dem gestor, unbedingt geleistet und das Ausbleiben der Ratihabition berechtigt den Dritten nur zu Rückforderungen, Schadensersatzansprüchen u. dgl., m. a. W. zu einer mit Umständlichkeiten und Weiterungen verknüpften Geltendmachung seiner berechtigten Interessen. Da sonach die Ratihabition dem Dritten nur Nutzen (nämlich Befreiung), nicht aber Schaden bringen kann, so steht auch der Zulässigkeit theilweiser Genehmigung Nichts im Wege: es ist für den Dritten immerhin besser, wenn ihm jene Umständlichkeiten und Weiterungen theilweise, als wenn sie ihm gar nicht erspart werden.

Das Gesagte zeigt sich

1) sofort ganz klar an dem Falle der Prozeßerhebung durch einen negotiorum gestor. Was hier von der Ratihabition des Prinzipals abhieng, war nicht das Prozeßrechtsverhält-

---

Wort «consumtam» entstanden: aus der prozessualischen Konsumtion des genehmigten Theils wird bei Polignani eine Konsumtion des nicht genehmigten Theils durch Erlaß!

[232]) Und in der That findet sich bei Polignani, neben mehreren gänzlich unzutreffenden Beispielen, Ein zutreffendes, welches nicht ohne Scharfsinn erdacht ist: «Al dominus sono stati uccisi dieci schiavi; il procuratore ha stipulato od esatto la somma di dieci per indennità: il dominus ratifica per sotte la stipulazione o l' esazione, ma la somma di tre, come rèsto del suo credito, non l' accetta nè la riceve» (pag. 51).

niß resp. das condemnari oportere — dieſes war vielmehr durch die vom gestor vorgenommene Kriegsbefeſtigung unbedingt, und zwar zu Deſſen eignen Gunſten entſtanden — ſondern nur die Konſumtion des erhobenen Anſpruchs, alſo die Befreiung des Dritten. Wurde die Ratihabition völlig verſagt, ſo blieb der Prozeß mit allen ſeinen Konſequenzen dennoch (wenigſtens ipso jure) gültig, und der Dritte hatte, wenn der Prinzipal ſelber ihn hinterher belangte, lediglich die Möglichkeit, ſich gewiſſer, mehr oder weniger umſtändlicher, Remeduren zu bedienen, z. B. den gestor aus der von Demſelben geſtellten cautio de rato auf das Intereſſe zu belangen, (vielleicht) der actio judicati Deſſelben eine exceptio doli entgegenzuſetzen, u. ſ. w. Folglich war theilweiſe Genehmigung immer noch beſſer als gar keine: der eingeklagte Anſpruch war dann doch wenigſtens theilweiſe konſumirt, und war der Dritte nur bezüglich des Reſtes in Gefahr, nochmals belangt und dadurch zu dem, jedenfalls umſtändlichen, vielleicht auch unſicheren, Regreß genöthigt zu werden.

2) Noch einleuchtender iſt die Sache bei der Erfüllungsannahme. Geleiſtet hat der Dritte (an den gestor); Was er von der Ratihabition erwartet, iſt Befreiung und nur dieſe. Bleibt die Ratihabition aus, ſo hat er nur condictio auf Rückgabe oder (bei geſtellter Kaution) actio ex stipulatu auf's Intereſſe gegen den gestor. Beſſer alſo theilweiſe Genehmigung wie gar keine; der Schuldner iſt dann doch nur bezüglich des nicht genehmigten Theils der Forderung zu dem Umweg genöthigt, noch einmal (an den Gläubiger ſelber) zu zahlen und das zuerſt Geleiſtete vom Empfänger zurückzufordern. [233])

---

[233]) Bei dieſer Deduktion haben wir aber ſtillſchweigend den Fall ſupponirt, daß der gestor zum Eigenthümer des Geldes gemacht worden iſt (wofür ſchon die Zuſammenſtellung mit «egit» und «stipulatus esset» [L. 17 cit.] einen Anhaltspunkt bietet: wird ja doch auch in dieſen beiden Fällen der gestor Subjekt des erworbenen Rechtes). Würde der Prinzipal direkt Eigenthümer des Geldes werden ſollen (wie z. B. in L. 24 D. de N. G.), ſo müßte m. E. ganz entſchieden behauptet werden, daß theilweiſe Genehmigung unſtatthaft ſei. Denn der Dritte hat nicht

3) Analog verhält sich die Sache bei der Novation. Hier besteht das vom Schuldner für seine Befreiung geleistete Aequivalent (anstatt, wie in den beiden ersten Fällen, in einem eingegangenen Prozeßrechtsverhältniß resp. in dem geschuldeten Gegenstand) in einer neuen Obligation. Mag nun diese neue Obligation ganz abstrakt eingegangen worden sein («Decem mihi dare spondesne?») oder — Was allerdings wahrscheinlicher — unter Bezugnahme auf die bestehende Forderung des Prinzipals («Decem, quae Sempronio debes, mihi dare spondesne?»), so ist doch jedenfalls unbezweifelbar, daß die zivile Existenz der neuen Obligation nicht bedingt ist durch die Aufhebung der alten. Läßt sich im zweiten Fall, also in dem der materiell individualisirten Stipulation, darüber streiten, ob nicht die Existenz der alten Schuld rechtliches Erforderniß der Entstehung der neuen ist (vgl. Windscheid, Pand. § 355, Text zu Anm. 2b und 3), so ist doch klar, daß, wenn die alte Schuld existirt — und Das wird in L. 17 cit. unterstellt — die neue jedenfalls auch dann entsteht, wenn die alte nicht aufgehoben ist. Die Stipulation «Decem quae Sempronio debes, mihi dare spondesne?» macht die Entstehung der neuen Obligation höchstens von der Existenz, nicht aber von dem Untergang der alten Obligation abhängig. (Vgl. auch Windscheid, Pand. § 355 Text zu Anm. 4 und 5.)

Also: die neue Obligation, die der Dritte eingegangen, ist sofort, wenigstens jure civili, unbedingt entstanden; abhängig von der Ratihabition ist nur der Untergang der alten. Bleibt die Ratihabition aus, so muß der Schuldner die alte Obligation erfüllen, und, wenn er rücksichtlich der neuen sich nicht mit der (prätorischen) exceptio doli begnügen, sondern auch civiliter frei sein will, die Stipulationsobligation kondiziren (mit cond. causa data causa non secuta). Die Ratihabition dagegen erspart ihm diese Weiterungen; sie verschafft ihm grade Das, Was er wollte: Befreiung von der alten Schuld.

---

den, auch nur eventuellen Willen, den Gläubiger zum Miteigenthümer des Geleisteten zu machen — Was doch, wenn theilweise Befreiung des Schuldners einträte, der Fall wäre.

Da auf dieſe Weiſe die Ratihabition dem Dritten lediglich erwünſcht ſein kann, ſo ſteht auch der theilweiſen Genehmigung Nichts im Wege. Denn ſie enthebt den Schuldner wenigſtens für einen Theil der Schuld jenen unerwünſchten Weiterungen [234]). —

Haben wir im Vorſtehenden den wahren Gedanken der vorliegenden Quellenausſprüche getroffen, ſo folgt daraus, daß wir dieſelben auf die darin entſchiedenen Fälle nicht zu beſchränken haben. Sondern überall, wo mit Sicherheit geſagt werden darf, daß theilweiſe Genehmigung weder das berechtigte Intereſſe des Dritten noch das des gestor ſchädigt oder gefährdet, müſſen wir ſie für zuläſſig halten. Ganz unbedenklich erſcheint dieſe Zuläſſigkeit z. B. im Falle daß der gestor Namens des Prinzipals Etwas ſchenkt oder umgekehrt ein Geſchenk annimmt.

Ueberall aber, wo die Zuläſſigkeit der theilweiſen Genehmigung nicht mit Sicherheit ſtatuirt werden kann, werden wir auf das, von Seuffert begründete, Prinzip der Unzuläſſigkeit rekurriren müſſen [235]). —

IV. Faſſen wir, der Ueberſicht halber, die Ergebniſſe dieſes Paragraphen kurz zuſammen, ſo ſind es folgende:

---

[234]) Sollte der Schuldner etwa einen Schaden dadurch erleiden, daß er ſtatt Eines Gläubigers nun zwei (Theil-) Gläubiger hat, Was das Endreſultat der theilweiſen Genehmigung allerdings iſt, ſo kann er dieſen Schaden natürlich gegen den gestor geltend machen, entweder mit der Klage aus der geſtellten Kaution oder mittelſt einer (Kompenſations- oder Retentions-) Einrede gegen die Klage des gestor.

[235]) Schließlich iſt noch zu konſtatiren, daß, wenn man — mit der herrſchenden Anſicht — das Inſtitut der prozeſſualiſchen Konſumtion und das des dominium litis des Stellvertreters im heutigen Recht für beſeitigt hält, damit auch alle für unſere Frage zu ziehenden Folgerungen wegfallen. Wenn ein ſtellvertretender n. gestor nunmehr den Prozeß anhängig macht, ſo hängen von der Ratihabition alle, auch die dem Beklagten ungünſtigen Wirkungen der Litiskonteſtation ab. Folglich werden wir h. z. T. im Zweifel zu ſagen haben, daß theilweiſe Genehmigung der Prozeßführung unſtatthaft iſt: dem Dritten muß im Zweifel die Abſicht unterſtellt werden, daß, wenn überhaupt gültig prozeſſirt werden ſolle, der ganze Anſpruch zum gerichtlichen Austrag zu kommen habe.

1) Absolut ausgeschlossen ist theilweise Genehmigung dann, wenn eine Theilung des Inhalts des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts gar nicht gedacht werden kann.

2) Ist solche Theilung denkbar, so ist dennoch

a) In der Regel theilweise Genehmigung unzulässig.

b) Ausnahmsweise ist sie zulässig, nämlich dann, wenn mit Bestimmtheit gesagt werden kann, daß sie weder ein berechtigtes Interesse des gestor noch des Dritten verletzt. So erklären sich die L. L. 17 und 18 citt. Der § Cato aber (L. 4 § 1 cit.) steht mit diesen beiden Stellen nicht in Widerspruch; denn er statuirt die Unmöglichkeit der theilweisen Genehmigung einer Prozeßführung nur in dem Sinne, daß trotz solcher Genehmigung die ganze versprochene Strafe verfalle — ein Satz, den L. 4 § 1 zwar nur für den Fall erwähnt, daß der Prinzipal selbst dem Dritten Ratihabition und eventuell Strafzahlung versprochen hat, der aber unbedenklich auch dann gelten muß, wenn der Stellvertreter dem Dritten die Ratihabition des Prinzipals und eventuell Strafzahlung zugesichert hat.

Zweites Kapitel.

Die Wirkungen der Ratihabition.[236])

I. Im Allgemeinen.

§ 10.

1) Fest steht, daß, wenn gültige Ratihabition erfolgt ist, die durch das ratihabirte Rechtsgeschäft beabsichtigte Wirkung in der That eintritt — und zwar unmittelbar eintritt, daß

---

[236]) Diese Rechtslehre kann sich über Vernachlässigung Seitens der Wissenschaft nicht beklagen. Vgl. Zigler l. c. (1712) pag. 556—560, 562—567, 570, 571, 575, 576, 580—632, 636—657; Hufeland, Geist

also eine Wiederholung des vom Stellvertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfts unnöthig ist.

Klar ist ferner, daß stets nur diejenige rechtliche Wirkung eintritt, zu welcher der gestor durch das von ihm vorgenommene Rechtsgeschäft den Grund wirklich gelegt hat. So wird z. B. durch die Ratihabition der vom gestor vorgenommenen Tradition der Dritte Eigenthümer; dagegen kann die Genehmigung eines vom gestor abgeschlossenen, aber noch nicht erfüllten Verkaufs eben nur die Obligation von der schwebenden conditio juris bereinigen: Eigenthümer wird der Dritte erst dann, wenn ihm die Sache (auf Grund der nunmehr unbedingten Verpflichtung des Vertretenen) tradirt wird.

---

des römischen Rechts, Theil I (1815) Nr. IV S. 299 ff.; Thibaut, Versuche Bd. II (zweite Ausgabe [1817]) S. 215—220; Derselbe, System des Pandektenrechts (8. Ausgabe [Jena 1834]) § 111; Busse, de ratihabitione (1834) pag. 39—64; Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechts (4. Auflage [Halle 1844]) § 100; Agricola, de ratihabitione (1848) pag. 45—62; Girtanner, de ratihabitione negotiorum gestorum (1848) pag. 4—19, 34—46; Chambon, Negotiorum Gestio (1848) S. 55—62; Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2 § 100 (1851); Buchka, Stellvertretung (1852) S. 210—213, 250; Böcking, Pand. Bd. 1 (2. Auflage [1853]) § 116; Dankwardt, die negotiorum gestio (Rostock 1855) § 20 (S. 24—26); Köllner, die Grundzüge der obligatio negotiorum gestorum (1856) S. 117—126; Ihering, Jahrbb. für Dogmatik Bd. 1 (1857), S. 295—302; Unger, österr. Privatrecht Bd. 2 (1859) S. 162—168; Beckhaus, Ratihabition (1859) §§ 8—10; Griesinger, Ratihabition (1862) S. 53 ff., bes. S. 65—67; Gregory, de ratihabitione (1864) pag. 69—179, pag. 232—255; Windscheid, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 6 (1864) S. 414—416; Eisele im Archiv für die zivil. Praxis Bd. 50 (1867) S. 280; L. Seuffert, Ratihabition (1868) S. 43—79; Regelsberger, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 (1869) S. 372—374; Polignani, dottrina della ratihabitio (1869) pag. 27—76; (cf. Windscheid, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 12 [1870] S. 152); Hauser, Stellvertretung im Besitze (Leipzig 1870) S. 26—28; Brinz, Pand. § 373 (1871); Köppen, der obl. Vertrag unter Abwesenden (Jena 1871) S. 21, 81; Gruchot, die Lehre von der Zahlung der Geldschuld (Berlin 1871) S. 60—64; Meine ächte und unächte negotiorum gestio (1873) S. 55—64; Schott, der obl. Vertrag unter Abwesenden (1873) S. 74—76; Pernice, Labeo Bd. 1 (1873) S. 514—518; Arndts, Pand. (8. Aufl. [1874]) § 78; Windscheid, Pand. 1. Bd. (4. Auflage [1875]), § 74 Anm. 5—7.

Einleuchtend ist endlich, daß nach römischem Recht die Ratihabition stellvertretender negotiorum gestio nur insofern Platz griff, als überhaupt das Institut der Stellvertretung bei den Römern anerkannt war [237]), daß aber mit der grundsätzlichen Erweiterung, welche diese Anerkennung in Deutschland gefunden hat (s. o. § 4), auch die Zulässigkeit jener Ratihabition gewachsen ist.

Alle diese Punkte sind so einfach, daß eine Ausführung derselben nur überflüssig sein würde.

Dagegen ist hier der Ort, die eigenthümliche Ansicht von Wesen und Wirkung der Ratihabition näher in's Auge zu fassen, welche Griesinger in der angef. Abhandlung (S. 22—38, 53—67) aufgestellt hat. Griesinger meint, die Ratihabition kläre uns darüber auf, daß der Ratihabent im Momente des vom gestor vorgenommenen Rechtsgeschäfts dasselbe bereits gewollt habe. „Die Wirksamkeit der Ratihabition", sagt er, „besteht darin, daß dadurch die über das juristische Bestehen eines Geschäfts schwebende Ungewißheit aufgehoben, und zur Gewißheit gebracht wird, daß dasselbe vom ersten Moment seines faktischen Abschlusses an auch rechtlichen Bestand gehabt habe" (S. 31). „Ratihabirt kann ein faktisch bestehendes Geschäft nicht werden, von dem gewiß ist, daß es nicht auf dem Willen dessen beruht, von dem seine Gültigkeit abhängt: so wenig als ein Geschäft, dessen juristische Existenz keinem Zweifel unterworfen ist. Voraussetzung der Ratihabition ist mithin, daß der Wille schon zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts überhaupt vorhanden sein konnte und nur darüber Zweifel besteht, ob er auch wirklich vorhanden war. Dies führt von selbst darauf, die Ratihabition in den Fällen auszuschließen, wo sich in der Zeit zwischen dem Abschluß des Geschäfts und der Ratihabition ein der letztern entgegengesetzter Wille auf Seiten des Ratihabenten geäußert hat und wo gewiß ist, daß der Wille des Ratihabenten bei Abschluß des Geschäfts nicht vorhanden war, z. B. wenn der Ratihabent zu jener Zeit gar nicht willensfähig war oder einen ganz andern Willen ge-

---

[237]) Vgl. L. Seuffert, Ratihabition S. 62—65, wo sich eine Reihe von Beispielen, nebst Quellenbelegen, findet.

äußert hat (L. 68 D. de proc. [3, 3], L. 32 § 4 D. de don. i. v. et ux. [24, 1], L. 4 § 6 D. de off. proc. [1, 16]). Muß ſomit Ungewißheit darüber beſtehen, ob der zur Gültigkeit oder Vollwirkſamkeit eines Geſchäfts erforderliche Wille einer Perſon im Moment des Geſchäftsabſchluſſes vorhanden war, damit die Ratihabition Platz greifen kann, und iſt es die Beſtimmung der letztern, dieſe Ungewißheit aufzuheben, u. ſ. w." (S. 32). Cf. S. 66: „Die Gewißheit, daß die Handlung (sc. des Stellvertreters) dem Willen des Andern (des Prinzipals) wirklich entſpricht, wird hergeſtellt entweder durch vorhergehendes Mandat oder durch nachfolgende Ratihabition."

Die Anſicht nun, die Genehmigung klärе auf, daß der Prinzipal ſchon im Augenblicke der Vornahme des Geſchäfts durch den gestor dieſelbe gewollt habe, iſt entſchieden irrig.

Die vor der Genehmigung in rechtlichen Betracht kommende Ungewißheit iſt nicht die Ungewißheit des gegenwärtigen, ſondern die des künftigen Willens des Prinzipals. Ein etwa gegenwärtig ſchon vorhandener Wille des Prinzipals kann auf keinen Fall in rechtlichen Betracht kommen; aus dem einfachen Grunde, weil er nicht (oder nicht gehörig) geäußert iſt; wäre er (gehörig) geäußert, ſo läge ja ein Mandat vor. Ferner: Ratihabition iſt auch dann zuläſſig, wenn ganz „gewiß iſt, daß der Wille des Ratihabenten bei Abſchluß des Geſchäfts nicht vorhanden war" [228]). So vor Allem in den — offenbar die Regel bildenden — Fällen, wo der Prinzipal im Momente des Geſchäfts gar keine Ahnung von demſelben hat, alſo auch unmöglich den poſitiven, auf daſſelbe gerichteten Willen haben kann [229]).

---

[228]) Daß die von Grieſinger S. 32 angeführten Stellen die Unzuläſſigkeit der Ratihabition für dieſen Fall nicht beweiſen, bedarf keiner Ausführung. — Ein ganz anderer Fall iſt der, daß „ſich in der Zeit zwiſchen dem Abſchluß des Geſchäfts und der Ratihabition ein der letztern entgegengeſetzter Wille auf Seiten des Ratihabenten geäußert hat": Hier liegt eine Verſagung der Ratihabition vor.

[229]) War der Prinzipal zur Zeit des vom gestor geſchloſſenen Geſchäfts willensunfähig, ſo kann trotzdem der geſetzliche Vertreter des Prinzipals, oder, wenn Letzterer inzwiſchen willensfähig geworden iſt, Dieſer ſelbſt ratihabiren.

Ja auch dann m. E. muß man die Genehmigung zulaſſen, wenn das Rechtsgeſchäft gegen den vorher erklärten Willen des Prinzipals vorgenommen worden iſt; ſ. L. 65 (Mommsen: L. 67) pr. D. ad S. C. Trebell. (36, 1):

> «Servo invito domino vel ignorante non recte restituetur hereditas: sed si postea ratum habuerit, confirmabitur restitutio, verum ipsi domino adquirentur actiones — — —.»

Dieſe Stelle handelt zwar nicht von einer wahren Stellvertretung; die Ausdehnung auf letztere iſt aber offenbar ganz unbedenklich. Auch aus einer wider den Willen des Prinzipals vorgenommenen ſtellvertretenden negotiorum gestio erwirkt Dieſer alſo die rechtliche Macht, durch ſeine Ratihabition die durch dieſe gestio beabſichtigten Wirkungen zur Exiſtenz zu bringen [240]).

Sonach iſt wohl unbeſtreitbar, daß die Ratihabition nicht, wie Grieſinger meint, das frühere Dageweſenſein des Willens des Prinzipals, ſondern Deſſen jetzigen Willen kundgiebt.

2) So klar nun aber iſt, daß dieſer Wille diejenige rechtliche Wirkung, zu welcher das vom gestor vorgenommene Rechtsgeſchäft den Grund gelegt hat, zur Exiſtenz bringt, ſo ſchwierig und beſtritten iſt die Frage, ob dieſe rechtliche Wirkung ihre Exiſtenz einfach von jetzt an beginnt, oder ob — in irgend welcher Weiſe — eine Rückwirkung der Genehmigung bis auf den Moment des vom gestor abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäfts platzgreift.

Indem wir aber an dieſe Frage herantreten, gerathen wir

---

[240]) Anders wohl ſtünde die Sache dann, wenn der Vertretene während der Vornahme des Rechtsgeſchäfts dagegen proteſtirt hätte: hier läge eine (ſofortige) Verſagung der Genehmigung vor. Wenn dagegen, wie im Texte vorausgeſetzt, der Prinzipal nur vorher proteſtirt hat, ſo iſt er dadurch, wie die Stelle uns belehrt, nicht im Stande, dem künftigen Rechtsgeſchäfte ſeine juriſtiſche Bedeutung im Voraus zu erſticken, die Bedeutung nämlich, daß es unter der Rechtsbedingung der Genehmigung die beabſichtigte (endliche) Wirkung erzielt. (Ich brauche kaum daran zu erinnern, daß der Einfluß eines ergangenen Verbots auf die negotiorum gestio als inneres Verhältniß nicht in Betracht gezogen iſt.)

auf einen Boden, welcher in der neueren Zeit durch Streitigkeiten und Zweifel so sehr unterwühlt ist, daß er sich in einem äußerst bedenklichen Schwanken befindet. Mit andern Worten: der Begriff und die Möglichkeit einer Rückwirkung überhaupt (nicht blos bei der Ratihabition) sind in unsern Tagen Gegenstand von Zweifeln und Bedenken geworden — dermaßen, daß es für uns unerläßlich ist, ehe wir die Rückwirkung der Ratihabition untersuchen, zunächst die Rückwirkung im Allgemeinen in's Auge zu fassen.

II. Insbesondere die rückwirkende Kraft der Ratihabition.

§ 11. Einleitung: Begriff der Rückwirkung; logische Möglichkeit und positives Vorkommen der Rückwirkung.

Um in dieser h. z. T. so vielverhandelten Frage zur Klarheit zu gelangen, muß vor Allem Folgendes beachtet werden.

Man kann unter „Rückwirkung" lediglich den Umstand verstehen, daß in Folge eines jetzt eintretenden Ereignisses eine frühere juristische Thatsache rechtliche Wirkung hervorbringt, daß also bereits diese rückwärts liegende Thatsache den, mehr oder weniger festen, Grund für jene rechtliche Wirkung gelegt hat. Faßt man die „Rückwirkung" so auf, dann ist freilich jeder Zweifel an ihrem Vorkommen unmöglich[241]). Niemand wird z. B. leugnen können, daß der Grund für die durch den Bedingungseintritt entstehende rechtliche Wirkung bereits durch das bedingte Rechtsgeschäft, daß der Grund für das durch die repudiatio legati dem Erben zufallende Eigenthum bereits durch den Erbschaftserwerb gelegt ist u. s. w. u. s. w. Angewendet auf unsre Ratihabition heißt Das: grundlegend für die durch die Ratihabition entstehende juristische Wirkung ist bereits das vom gestor vorgenommene Rechtsgeschäft gewesen[242]).

---

[241]) Vgl. Ihering, Jahrbb. für Dogm. Bd. 10 S. 528, Anm. 166; Hartmann, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 13 S. 524; Windscheid, Pand. § 91 Anm. 1 (verbis: „Vielleicht trägt es zur Versöhnung u. s. w.").

[242]) Wer freilich (wie z. B. Savigny, Dernburg und Girtanner

So klar nun aber das Gesagte ist, und so bestimmt behauptet werden darf, daß aus der „Rückwirkung“ in diesem Sinn sich die meisten im Zusammenhang damit aufgeworfenen praktischen Fragen einfach und befriedigend beantworten [243]), so ist damit die „Versöhnung der streitenden Ansichten“ [244]) doch noch lange nicht hergestellt. Denn es handelt sich im Wesentlichen grade darum, ob mit dem Ausdrucke „Rückwirkung“ ein weitergehender Sinn zu verbinden sei, in der Weise nämlich, daß die heute rückwärts liegende Thatsache als grundlegend nicht für eine heute eintretende, sondern für eine bereits damals eingetretene rechtliche Wirkung anzuerkennen sei, obgleich für diese Wirkung ein erst jetzt eingetretenes Ereigniß ein unerläßliches Erforderniß bildet. Kann man, Das ist die eigentliche Frage, dieses jetzt erst eingetretene Ereigniß in der Weise „zurückwirken“ lassen, daß in Folge desselben die rechtliche Auffassung die sei, es habe jene frühere, grundlegende, Thatsache die rechtliche Wirkung sofort hervorgebracht?

Sehe ich nun recht, so ist die Tendenz der neuesten Wissenschaft eine der „Rückwirkung“ in diesem — im Folgenden allein in Betracht kommenden — Sinne entschieden feindselige.

Bis zur epochemachenden Schrift von Fitting [245]) galt die Möglichkeit und das Vorkommen [246]) dieser Rückwirkung als un-

---

[vgl. unten Anm. 250]) bei der Stellvertretung nicht den Vertreter, sondern den Prinzipal als den die Haupthandlung Vornehmenden ansieht, Der muß der Ratihabition konsequenterweise die „Rückwirkung“ selbst im obigen Sinne absprechen: er muß in der Genehmigung den Abschluß des grundlegenden Rechtsgeschäfts erblicken (bei Verträgen also die Acceptation einer vom Dritten gestellten Offerte). Nach dem im § 1 hierüber Ausgeführten aber bedarf dieser Punkt keiner Erörterung mehr.

[243]) Vgl. u. §§ 13—19.

[244]) Windscheid a. a. O.

[245]) „Ueber den Begriff der Rückziehung“ (Erlangen 1856). Vgl. dazu die gediegenen Besprechungen von Windscheid (Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. 4 S. 35—53) und Scheuerl (kritische Ueberschau Bd. 5 S. 24—46).

[246]) Ein annähernd vollständiges Verzeichniß der Fälle, in welchen dieses Vorkommen in Frage steht, findet sich bei Fitting a. a. O. S.

bezweifelbares Dogma — aber freilich ohne klare Vorstellung von Begriff und Wesen dieser Erscheinung[247]). Grade seit der Fitting'schen Schrift, in welcher sich der erste Versuch findet, den Rückwirkungsbegriff klar zu formuliren und quellenmäßig wirklich zu begründen, ist die Opposition gegen denselben eigentlich erst erwacht.

Zwar bekennen sich zu „Rückwirkung" immer noch eine stattliche Anzahl von Autoren (so z. B. Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte [Erlangen 1859] § 16 [bes. not. b] und § 39, auch krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 373; Unger, österr. Privatrecht Bd. 2 S. 149—153, 166, 167 [1859]; L. Seuffert, Ratihabition [1868] S. 69—77, 142—152; Brinz, Pand. S. 1443—1456, 1469—1476, 1484—1500, 1621 [1871]; Köppen, obl. Vertrag unter Abw. [1871] S. 16—25, 31—39, 42—82 und sonst; Wächter, das schwebende Eigenthum [1871], bes. S. 3, 5, 6; Czyhlarz, zur Lehre von der Resolutivbedingung [Prag 1871] S. 32—37, 99—101; Scheurl, zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften [Erlangen 1871] S. 182—228, S. 238; Eisele, Archiv für ziv. Praxis Bd. 54 [1871] S. 109 ff; Bechmann, das jus postliminii und die lex Cornelia [Erlangen 1872], bes. S. 79—81; Köppen, Fruchterwerb [1872], bes. Anm. 48; Arndts, Pand. [8. Aufl., 1874] § 57 Anm. 2; Windscheid, Pand. 1 Bd. [4. Aufl., 1875] § 67 [S. 171, 172], § 74 [S. 194—196], § 83 [S. 224, 226]; Schulin, über Resolutivbedingungen und Endtermine [Marburg 1875] S. 1—57).

Allein schon unter diesen Schriftstellern bestehen weitreichende Meinungsverschiedenheiten, nicht nur bezüglich der Statuirung der

---

7—19; s. auch Eisele, Archiv für zivil. Praxis Bd. 54 S. 116—129; Brinz, Pand. S. 1453—1456, dazu S. 1621. Auffällig ist, daß weder bei Fitting noch bei Eisele der Ratihabition gedacht wird. Auch in der Schrift von Wächter, das schwebende Eigenthum (Leipzig 1871), ist die Ratihabition ohne Berücksichtigung geblieben.

[247]) Vgl. Fitting S. 1—3, bes. die literarischen Nachweisungen in Anm. 2. — Nur Eine Opposition gegen jenes Dogma habe ich in der Zeit vor Fitting gefunden: in der — bei Fitting nicht erwähnten — alsbald zu nennenden Schrift von Girtanner.

Rückwirkungsfälle, sondern auch rücksichtlich des, qualitativen und quantitativen, Rückwirkungsbegriffs. Ein Symptom aber dafür, daß die neueste Doktrin der Rückwirkung überhaupt den Krieg zu erklären begonnen hat, erblicke ich in der wachsenden Opposition gegen die Rückwirkung der erfüllten Bedingung[248]), also gegen die Rückwirkung grade auf dem Gebiete, wo sie früher mit der größten Entschiedenheit behauptet zu werden pflegte. Endlich aber finden wir bei drei Schriftstellern vollbewußte und direkte Angriffe auf den Rückwirkungsbegriff als solchen — Angriffe, welche, wenn ich mich nicht täusche, zum öffentlichen Ausdruck gebracht haben, Was längst schon Viele, wenn nicht die Meisten, im Stillen gedacht hatten.

Wenig bekannt mehr scheint es heute zu sein, daß der erste jener Angriffe zu einer der „Rückwirkung" auch im Uebrigen ungünstigen Zeit, nämlich im Jahre — 1848 erfolgt ist. In einer h. z. T. fast verschollenen[249]) kleinen, aber beachtenswerthen Abhandlung[250]) hat schon damals Girtanner (pag. 34—46) im Prinzipe jeder Rückwirkung den Krieg erklärt; dieselbe sei, als eine logische Unmöglichkeit, grundsätzlich zu verwerfen. So bemerkt er z. B. (pag. 39):

---

[248]) Vgl. den interessanten Bericht von Windscheid, Pand. (4. Aufl.) § 91 Anm. 1.

[249]) Ich habe dieselbe nirgends zitirt gefunden, nicht einmal in dem sonst sehr vollständigen Literaturverzeichniß bei Seuffert, Ratihabition S. 7.

[250]) «De ratihabitione negotiorum gestorum» (Jenae 1848); es ist Girtanner's Habilitationsschrift. Dieselbe enthält trotz ihres kleinen Umfangs zur Ueberraschung des Lesers unter Anderm: 1) Die, oben näher bezeichnete Bekämpfung der Rückwirkung. 2) Eine Sonderung der verschiedenen Ratihabitionsarten (pag. 1—4), und zwar dieselbe Sonderung, wie die von Seuffert vorgenommene. (Den Girtanner'schen Begriffen: Ratihabitio i. e. S. — Consensus subsequens — Confirmatio entsprechen vollkommen die Seuffert'schen: Genehmigung fremder Geschäftsführung — Nachfolgende Einwilligung zu fremden Rechtsgeschäften — Bestätigung). 3) Die 5 Jahre später von Savigny entwickelte, wenn auch von ihm bereits angedeutete, Theorie der Stellvertretung (pag. 11—19)! Freilich nimmt gleich die praefatio, im Hinblick auf die Zeitläufte, einen energischen Anlauf («In hac tanta omnium rerum nostri temporis permutatione fieri non potest, quin etiam juris scientia nova capiat incrementa. Etc.»).

«Omnis effectus, qui tribuitur legibus facto cuicumque, non prius existit, quam exstat factum ipsum.

Ejusmodi factum est etiam voluntatis declaratio et proinde talis declarationis species est ratihabitio.

Ergo vim habet ratihabitio ex eo demum tempore, quo interposita est.»

Nur bezüglich der Obligationen ſtatuirt Girtanner in Folge der Ratihabition den Eintritt der Rückwirkung, weil kein rechtliches Hinderniß im Wege ſtehe, daß die Paziſzenten (d. h. nach Girtanner der Ratihabent und der Dritte) verabreden, ſich ſo behandeln zu laſſen, als ob die Ratihabition (d. h. nach Girtanner die Acceptation der vom Dritten geſtellten Offerte) ſchon früher geſchehen ſei: eine ſolche Verabredung liege aber im Falle der Ratihabition immer vor.

«Sed sane possunt duo inter se pacisci, se perinde habere velle, ac si negotium, quod contrahunt, priore tempore initum sit; cum enim ratione juris obligationum, quod solos contrahentes attinet, in eorum libera potestate sit positum, quid velint constituere, inde etiam liberum esse debet, a quonam tempore vis negotii intelligenda sit initium capere, siquidem ea temporis ratio diversum facit ipsum effectum.

Porro quoniam ratihabitioni semper inest voluntas retrotrahendi, inde sequitur ratihabitionis effectum in personam retrotrahi debere.

Contra ubi nullum intercessit pactum, nemo cogitur aliquid credere exstitisse eo tempore, quo revera nondum exstitit. Itaque quod effectum in rem i. e. ratione aliorum omnium praeter gestorem[251]) et tertium, ratihabitio retrotrahi non potest.»

---

[251]) Hieraus darf nicht etwa geſchloſſen werden, daß Girtanner den gestor (und nicht vielmehr den Ratihabenten; ſ. oben im Text)

Das Resultat seiner Untersuchung über die Rückwirkung zieht Girtanner (pag. 45, 46) in folgende Sätze zusammen:

«Sufficiat quod jus ad certum effectum certas requirit conditiones et quod haec habemus tum juris tum omnis fere cogitationis principia atque elementa:

Nihil existit, antequam adsunt substantiales ejus conditiones et nemo cogitur (nisi ipse se obligaverit) credere rem extitisse eo tempore, quo revera non extitit.

Jam hoc scripto probare tentavi:

— — — — — (ratihabitionem negotiorum gestorum) habere eam vim, ut, quoad pendet e voluntate ratumhabentis, perinde habeatur ac si mandatum praecessisset. Itaque

1) Ratione gestoris efficit, ut is agere possit, quasi sit mandatarius,

2) ratione gesti negotii in quantum id tangit obligationes (i. e. ratione effectus in personam) retrotrahatur,

3) in quantum autem jus in rem constituendum (vel tertio vel ipsi ratumhabenti) i. e. in effectu in rem, retrotractio non admittitur» [252]).

---

als Mitpaziszenten des Dritten ansieht: die Rückwirkung, welche Girtanner ratione gestoris anerkennt, ist die, «ut is agere possit (sc. actione negotiorum gestorum), quasi sit mandatarius» (pag. 46). Nur der effectus ratihabitionis ratione tertii geht auf das äußere Verhältniß, also auf die Wirkungen des mit dem Dritten geschlossenen (obligatorischen) Vertrags.

[252]) Merkwürdigerweise aber ist Girtanner ein Anhänger der (auch in rem) rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung, Was er dadurch zu begründen sucht, daß hier die erforderliche Willenserklärung schon im Anfang vorliege, und der Bedingungseintritt nur aufhelle, daß dieser Erklärung (damals schon) ein wirklicher Wille entsprochen habe, während im Falle der Ratihabition diese erst es sei, welche den entscheidenden Willensentschluß enthalte (pag. 36, 37).

Außer Girtanner ist gegen den Rückwirkungsbegriff vorgegangen Wendt (in seiner Schrift: „die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft“ Erlangen 1872) und, mit Feuer und Schwert, Ihering (in seiner Abhandlung „passive Wirkungen der Rechte“ [in den Jahrbb. für Dogmatik Bd. 10 S. 387—580]). Bei der allgemeinen Zugänglichkeit dieser beiden Arbeiten genügt es, wenn ich auf die Hauptstellen, die unsre Frage erörtern, einfach hinweise. Vgl. Wendt a. a. O. Vorwort pag. III; ferner S. 94, 95, 100, 108 (oben), 114—117 [253]); Ihering a. a. O. S.

---

[253]) Freilich giebt Wendt, bei all' seiner Energie in der Bekämpfung der Rückwirkung, letztere unvermerkt doch wieder zu. So bemerkt er S. 94: „eine Wirkung, die sich in die Zeit vor ihrem Agens verlegt, giebt es nicht“, fährt aber dann fort: „— — — Wohl kann eine zweite Thatsache aufhellen und zeigen, ob und in welchem Maße eine erste gewirkt hat, und sie hat dann (mit Fitting'schem Ausdruck) eine bezeugende Wirkung.“ Ebenso sagt er S. 115: „Es ist nicht möglich, daß etwas, was ist, was wirklich ist, wegen eines künftigen Ereignisses auch für die Vergangenheit seiner Existenz beraubt werde. Wohl ist es möglich, daß eine Ungewißheit über den Inhaber eines Rechts existirt, daß diese Ungewißheit erst später sich aufklärt (fr. 15 de Reb. Dub. [34, 5]). Aber dem entscheidenden, aufklärenden Ereigniß kommt dann durchaus keine Rückwirkung, überhaupt keine Rechtswirkung zu. Denn nicht von ihm hängen objektiv die Rechtsverhältnisse ab; nur subjektive Erkenntniß wird durch dasselbe geboten; es entfaltet, mit Fitting'schem Ausdruck, keine erzeugende, sondern eine bezeugende Wirkung. Und wie kommt man dann dazu, Das noch eine Rückwirkung zu nennen?“ Wir werden sehen, daß die hier als möglich zugegebene „Aufklärung“, näher betrachtet, eine wahre objektive Bestimmung, also eine wahre Rückwirkung ist. Unvermerkt giebt Das auch Wendt selbst zu, indem er (S. 115 unten, S. 116 oben) äußert: „Daß aber in der That das bedingte Eigenthum wie sonstige bedingte Rechte eine Subsumtion unter jenes fr. 15 de Reb. Dub. nicht dulden, folgt aus der Berücksichtigung der einfachen Thatsache, daß die Voraussetzungen jener Stelle nicht gegeben sind. Die Rechtsverhältnisse pendente conditione, wiewohl sie nur provisorisch und hinsichtlich ihres künftigen Bestehens zweifelhaft sind, sind keineswegs unklar und künftiger Erläuterung bedürftig; sie sind objektiv bestimmbar, und ich habe oben — — ihre Darstellung versucht.“ Aus diesen Worten ließe sich doch wohl, per argum. e contr., schließen, daß Wendt die L. 15 cit. in der That von Fällen objektiver Unbestimmtheit versteht, und nur zeigen will, daß die durch ein bedingtes Rechtsgeschäft geschaffene rechtliche Lage keinen Anwendungsfall dieser Lex bildet.

402, 403, 404, 409—411, 504, 505, 527, 528, 537—542, 570 (Z. 3—5). [254]) —

Es kann nun billigerweise von uns nicht erwartet werden, daß wir hier eine ganz erschöpfende Erörterung der Frage: „Rückwirkung oder nicht?“ liefern. Immerhin aber ist es für uns unausweichbar, daß wir in dieser schwierigen und — wie wir gerne gestehen — zweifelvollen Frage zum Mindesten ein gedrängtes Glaubensbekenntniß ablegen.

Unseres Erachtens kann nun

I. nicht geleugnet werden, daß jegliche Rückwirkung auf den ersten Blick etwas äußerst Auffälliges und Befremdliches hat. „Rückwirkung“, also Wirkung in die Vergangenheit, scheint einen logischen Widerspruch zu enthalten. Denn der rechtliche Zustand a, welcher vor der „rückwirkenden“ Thatsache bestand — Sein, Nichtsein oder Sosein eines Rechtsverhältnisses —, kann doch vermöge des Eintritts jener Thatsache unmöglich b gewesen sein: das Gewesensein kann nicht mehr zum Nichtgewesensein, das Nichtgewesensein nicht mehr zum Gewesensein, das Sogewesensein nicht mehr zum Andersgewesensein werden.

Allein dieser Widerspruch wird vermieden durch die Aufstellung Fitting's, daß in den betreffenden Fällen der Zustand der Zwischenzeit [255]) als ein schwebender d. h. ungewisser aufgefaßt werden müsse; daß in diesen Fällen „erst durch einen spätern Umstand die eigentliche wahre Natur eines vorhergehenden Zustandes offenbar und bestimmt wird. Es herrschte bisher über die eigentliche rechtliche Beschaffenheit eines Verhältnisses eine Un-

---

[254]) Nur bezüglich der Obligationen ist Ihering's Ansicht nicht ganz klar. Während er nämlich S. 463 bemerkt: „Vor Eintritt der Bedingung ist die Obligation noch nicht zur Existenz gelangt u. s. w.“, ohne hierbei eine Rückwirkung der erfüllten Bedingung auch nur anzudeuten, so heißt es S. 537: „Das (nämlich Statuirung der Rückwirkung) ist ja auch der Weg, den die römischen Juristen bei dem bedingten Versprechen einschlagen, bei dem sie den Eintritt der Bedingung bekanntlich zurückbeziehen.“ Doch scheint (arg. S. 403, Z. 10 ff.) Ihering's Ansicht die zu sein, daß Letzteres nur ein verfehlter Konstruktionsversuch sei.

[255]) Nämlich zwischen der für die rechtliche Wirkung grundlegenden und der rückwirkenden Thatsache.

gewißheit, welche durch den Ausfall, die Gestaltung eines spätern Ereignisses verschwindet.“ [256]) Also nicht wird der (vergangene) rechtliche Zustand a hinterher zu b — Das wäre ein offener Widerspruch — sondern es ist in der Zwischenzeit noch gar nicht gewiß, ob der Zustand a oder nicht vielmehr der Zustand b besteht: erst die „rückwirkende“ Thatsache verschafft darüber Gewißheit [257]).

II. Die sofort sich erhebende Frage, ob die vor der Entscheidung bestehende Ungewißheit des wahren rechtlichen Zustandes eine objektive oder eine nur subjektive sei [258]), ist m. E. so zu beantworten. Es kann sich nicht darum handeln, ob und inwiefern man den Eintritt resp. Nichteintritt künftiger Thatsachen für absolut d. h. an sich gewiß oder ungewiß zu halten habe. Mag man in dieser Beziehung der, auch von den Römern getheilten [259]), fatalistischen Anschauung, mag man der Idee der Prädestination, oder mag man einer andern Ansicht huldigen — die Rechtswissenschaft kann ihre Begriffsbestimmung von der Beantwortung jenes schwierigen, uralten Problems nicht abhängig machen: für sie muß, um eine Ungewißheit als objektiv zu bezeichnen, der Umstand genügen, daß sie eine allgemeine menschliche ist [260]).

[256]) Fitting, Rückziehung S. 6.

[257]) Vgl. statt aller L. 15 D. de rebus dubiis (34, 5), L. 86 § 2 D. de leg. I (30), L. 43 § 2 de A. R. D. (41, 1).

[258]) Vgl. Scheurl, krit. Ueberschau Bd. 5 S. 24—27, auch Nebenbestimmungen S. 80—83, 100—107.

[259]) L. 28 § 5 D. de jud. (5, 1): «— — — nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere.»

[260]) Vgl. außer der in der vorigen Note genannten Stelle noch L. 38 D. de R. C. (12, 1): «Respiciendum enim esse, an, quantum in natura hominum sit, possit sciri eam debitum iri.» Es verhält sich also mit dem Rechtsbegriffe der objektiven Ungewißheit ähnlich, wie mit dem der objektiven Unmöglichkeit einer Leistung: Was diese Unmöglichkeit von der blos individuellen unterscheidet, ist der Umstand, daß die betreffende Leistung überhaupt nicht menschenmöglich ist.

III. Weit heikler ist folgende Frage.

Die die objektive Ungewißheit (in dem eben festgestellten Sinn) hebende Thatsache hat nicht blos die Funktion, (allgemeine) Aufklärung über den vergangenen Zustand zu bewirken. Sie ist zugleich ein rechtliches Erforderniß des durch sie klar gelegten wahren Zustandes. M. a. W. sie deckt diesen Zustand nicht nur auf, sondern bestimmt ihn zugleich, ist Koëffizient seiner rechtlichen Existenz.[261]) So bildet z. B. für das Eigenthum des Erben an der legirten Sache die repudiatio legati, für die Wirkung des bedingten Rechtsgeschäfts[262]) der Bedingungseintritt gradezu ein materielles Requisit.

Ist aber solches Bestimmtwerden eines Zustandes durch künftige Momente nicht etwas Unerhörtes?

Wohin wir in der Geistes- und Naturwelt anderwärts blicken, gewahren wir Solches nie und nirgends. Alle Existenzen, ohne irgend welche Ausnahme, bestimmen sich hier nach vergangenen, nicht nach künftigen Momenten. Ueber einen gegenwärtigen psychischen oder physischen Zustand kann uns eine nachfolgende Thatsache höchstens aufklären; niemals kann sie auf diesen Zustand ursachlich einwirken; derselbe erhält seine volle und ganze Bestimmtheit aus der — mittelbaren und unmittelbaren — Vergangenheit[263]).

Es läßt sich nun die absolute Richtigkeit dieser Sätze m. E. nicht bestreiten. Es muß m. a. W. zugegeben werden, daß, wenn im Rechte eine Rückwirkung vorkommt, Das ein dem Rechte eigenthümliches Vorkommniß ist[264]).

---

[261]) Vgl. auch Brinz, Pand. S. 1446, 1447.

[262]) Gesetzt, daß die erfüllte (resp. die defizirte) Bedingung in der That rückwirkende Kraft hat — Was hier nicht zu untersuchen ist.

[263]) In psychischer Hinsicht gilt das Gesagte insbesondere nicht nur von der moralischen Qualifikation eines Verhaltens, sondern auch von Existenz und Umfang des Willensentschlusses überhaupt. Daß also z. B. (wie Viele annehmen) beim bedingten Rechtsgeschäfte die Existenz des Willens vom Eintritt der Bedingung abhänge, ist m. E. absolut undenkbar.

[264]) Ganz klar ist, daß in den von Fitting (Rückziehung S. 6, 7) angeführten Beispielen von „ähnlicher Erscheinung im täglichen Leben" es

Indeſſen dürfte ſich dieſes rechtliche Phänomen in folgender Weiſe erklären.

1. Die Exiſtenz der Rechtsverhältniſſe resp. Rechte[264a]) iſt überhaupt keine abſolute, ſondern eine von der Rechtsordnung geſchaffene Exiſtenz. Sie entzieht ſich nicht nur der ſinnlichen Wahrnehmung, ſondern iſt auch unabhängig von der ſittlichen Qualifikation der den Rechtsverhältniſſen zu Grunde liegenden Lebensverhältniſſe[265]). Die Rechtsverhältniſſe beſtehen nur für die juriſtiſche Vorſtellung; inwiefern neben ihnen korrelate ethiſche und phyſiſche Verhältniſſe hergehen, iſt eine für die rechtliche Beurtheilung gleichgültige Frage.

Iſt nun aber die Rechtsordnung im Stande, uns zu der Vorſtellung von etwas ganz Neuem, Beſonderem zu beſtimmen, alſo von Etwas, Was als ſolches (d. h. eben als poſitives Rechts-

---

ſich um lauter Zuſtände handelt, deren gegenwärtige Beſchaffenheit vollſtändig beſtimmt iſt, und die nur der Aufklärung bedürftig ſind. Und wenn Brinz (Pand. S. 1447) ſagt: „Ob es an ſich beſtimmt war, daß der Kern zu dieſem Baume ausſchlagen werde, muß dahin geſtellt bleiben: aus dem Erfolg hat ſich gezeigt, daß er ihn in ſich trug. Wer zählt das Sein, welches wir erſt aus nachmaligem Ausgang rückwärts kennen lernen? ſo iſt zu bemerken: Ein ſolches Sein iſt allerdings unzählig; allein es handelt ſich hier eben nur um Aufklärung, nicht um kauſale Beſtimmung durch den „Ausgang." So verſchafft uns die Exiſtenz des Baumes Aufklärung darüber, daß der Kern ein entwicklungsfähiger, und daß alle ſonſtigen, poſitiven und negativen, Erforderniſſe der wirklichen Entwicklung zum Baume während des ganzen Verlaufs vorhanden waren. Allein jene Beſchaffenheit des Kerns und das Vorhandenſein dieſer Erforderniſſe beſtimmen ſich nicht durch das wirkliche Exiſtentgewordenſein des Baums; ſie werden vielmehr durch lauter in der Vergangenheit liegende Urſachen hervorgebracht.

[264a]) Die vielerörterte Frage, wie ſich die Begriffe Rechtsverhältniß und Recht zu einander verhalten, iſt m. E. einfach dahin zu beantworten, daß das Recht nichts Andres iſt als das Rechtsverhältniß ſelbſt, betrachtet vom Standpunkte Desjenigen, zu deſſen Gunſten es beſteht. Die Entwicklung dieſes Satzes würde hier zu weit führen.

[265]) Womit natürlich nicht geleugnet werden ſoll, daß bei der Erſchaffung der Rechtsverhältniſſe natürliche und ſittliche Motive maßgebend ſind.

verhältniß) ohnedem nicht existiren würde, so muß bis auf Weiteres behauptet werden, daß die Rechtsordnung auch die Voraussetzungen, unter denen ein gewisses Rechtsverhältniß existiren soll, nach freiem Belieben bestimmen kann — daß sie dasselbe insbesondere grade so gut an den Eintritt künftiger, wie an den Eintritt vergangener Thatsachen anknüpfen kann: die Anknüpfung ist in beiden Fällen eine gleichmäßig souveräne, willkührliche. In jenem Falle erklärt sie, daß ihr Urtheil über Existenz, Nichtexistenz oder Wiederexistenz des Rechtsverhältnisses eine Zeit lang ausgesetzt bleibe, mit und durch Eintritt des rückwirkenden Umstandes aber sich feststelle [265a]).

Allein es bleibt nunmehr noch ein Bedenken, und zwar das allerschwierigste, gegen die Rückwirkung übrig [266]).

„Allerdings", so ließe sich einwerfen, „sind die Rechtsverhältnisse sinnlich nicht wahrnehmbar, und auch unabhängig von der moralischen Auffassung der betreffenden Zustände; allerdings beruhen sie auf einer von der Rechtsordnung bewirkten Vorstellung. Allein darum sind sie doch keine bloßen Schablonen, keine blos eingebildeten Größen, die nur als Spielzeug für theoretische Spekulation dienen, sondern vielmehr praktische Größen, von der Rechtsordnung aufgestellte und geschützte Möglichkeiten, kurz: rechtliche Machtbefugnisse. Wie kann aber eine solche (gegenwärtige) Machtbefugniß zwischen Sein und Nichtsein schweben, und erst nachträglich bestimmt werden? Wie kann ich z. B., wenn ich zu wissen wünsche, ob ich heute von

---

[265a]) Vielleicht wird man mit der Rückwirkung, resp. mit dem darin angeblich enthaltenen filius ante patrem, ausgesöhnt durch den energischen Hinweis darauf, daß der wahre und eigentliche «pater» jeder rechtlichen Wirkung nicht der in concreto erforderliche Thatbestand, sondern die Rechtsordnung ist, welche diesen Thatbestand mit rechtlicher Wirkung begabt.

[266]) Man kann über den im Text folgenden Versuch, dieses Bedenken zu heben, verschieden denken. Das aber scheint mir ganz sicher, daß, wenn ein Angriff auf die Möglichkeit der Rückwirkung und der dieser korrespondirenden Schwebe Aussicht auf definitiven Erfolg haben will, er den Hebel an dem im Text bezeichneten Punkte einsetzen muß.

dem A 1000 fordern kann, auf die Entſcheidung durch ein künftiges Ereigniß vertröſtet werden?"

Und in der That: beſtünden die Rechtsverhältniſſe in lauter (gegenwärtigen) praktiſchen Befugniſſen, in lauter (gegenwärtiger) Realiſirungsmöglichkeit, m. a. W. in lauter „Wollendürfen", dann wäre Schwebe und Rückwirkung logiſch unmöglich. Ob und Was ich gegenwärtig rechtlich durchſetzen kann, beſtimmt ſich lediglich nach vergangenen Thatſachen. Derjenige, welcher auf die Entſcheidung durch die Zukunft vertröſtet würde, Der könnte eben vor der Hand Nichts durchſetzen; und dieſer gegenwärtige Zuſtand wäre nie mehr ungeſchehen zu machen.

Unſeres Ermeſſens iſt nun aber eben der Satz, daß die Rechtsverhältniſſe in lauter Realiſirungsmöglichkeit aufgehen, zu beſtreiten. So gewiß es iſt, daß jedes Rechtsverhältniß auf Verwirklichung angelegt iſt, und dieſelbe regelmäßig auch findet, ſo klar ſcheint mir, daß die Römer die gegenwärtige rechtliche Durchſetzbarkeit jener Verwirklichung nicht als zum Weſen des Rechtsverhältniſſes gehörig betrachten. Weſentlich iſt das Moment der Durchſetzbarkeit für den kraft des Rechtsverhältniſſes etwa beſtehenden Anſpruch[267]); das Rechtsverhältniß als ſolches aber kann m. E. nur dahin bezeichnet werden, daß es ein — ökonomiſchen, ſittlichen oder ſozialen Werth repräſentirender — abſtrakter juriſtiſcher Körper iſt, welcher bei der Beurtheilung von Anſprüchen — der praktiſchen Spitzen[268]) der Rechtsverhältniſſe — zu Grunde zu legen iſt. Auch das anſpruchs-unfähige oder noch nicht fähige Rechtsverhältniß iſt ein (gegenwärtiges) Rechtsverhältniß. Und grade inſoweit, als es anſpruchsunfähig oder noch nicht fähig iſt, alſo lediglich jene abſtrakte Qualität hat, iſt Schweben deſſelben und Beſtimmung durch ein nachfolgendes Ereigniß denkbar[268a]).

---

[267]) Und ebenſo für die kraft des Rechtsverhältniſſes etwa beſtehende Befugniß zur Einrede, zur Replik pp.

[268]) Daß ſie Das ſind, zeigt jeder Prozeß.

[268a]) Ich ſage: denkbar: inwiefern die Römer Schwebe und Rückig wirklich ſtatuiren, iſt eine andre Frage.

Für die behauptete Qualität des Rechtsverhältnisses sprechen vorzüglich folgende Gründe:

a) Die Existenz von obligationes naturales. So lange solche Obligationen nicht durch Konstitut, Bürgschaft, Pfandbestellung oder dgl. gestärkt werden, sind sie praktisch absolut undurchsetzbar. Sie sind an und für sich nur ein rechtlicher Faktor, welcher bei Beurtheilung gewisser Ansprüche (actio hypothecaria, act. de pecunia constituta, condictio indebiti u. s. w.) in Betracht kommen kann.

b) Ebenso entbehrt der Möglichkeit gegenwärtiger Realisirung eine zwar in abstracto klagbare, aber noch nicht fällige Obligation. Und doch wird sie im römischen Recht als gegenwärtiges Rechtsverhältniß anerkannt[269]).

c) Das Pfandrecht kann praktisch ausgeübt werden erst dann, wenn die Pfandforderung fällig geworden ist[270]). Vorher gewährt es dem Gläubiger eine bloße Sicherheit der (eventuellen) künftigen Verwerthung des Pfandobjekts. Und dennoch ist schon diese Situation dahin zu charakterisiren, daß wirkliches, gegenwärtiges Pfandrecht vorliegt[271]).

---

[269]) Vgl. § 2 J. de V. O. (3, 15): «— — — — — statim debetur — — — —», L. 46 pr. D. eod. (45, 1): «— — — — — praesens obligatio est — — — —».

[270]) Von den Ausnahmefällen, in denen schon vorher eine actio hypothecaria zulässig ist, dürfen wir billigerweise absehen.

[271]) Nicht eine bloße Pfandgebundenheit, wie Windscheid und Andre annehmen. Dieser s. g. Pfandgebundenheit entspricht in der That, als Korrelat auf Seiten des Gläubigers, bereits das Pfandrecht selbst, nur freilich auf der ersten Stufe seiner Entwicklung: das Pfandrecht als Sicherheit, im Gegensatz zu dem entwickelten Pfandrecht, d. h. der aktuellen Verwerthungsbefugniß. Ganz klar ist die Sache im Fall der Verpfändung für eine zur sicheren Existenz gelangte, aber noch nicht fällige Schuld, z. B. für ein gegebenes Darlehen. Hier wird Jedermann (in dem genannten Beispiele auch Windscheid [cf. Dessen Pandekten § 225 Nr. 1, Text zu Anm. 3; vgl. mit § 96 Anm. 5 Zeile 14 ff.]) von sofort entstandenem Pfandrechte reden; daß die Römer hier solches (meines Wissens) nirgends ausdrücklich konstatiren, kommt daher, daß sie diesen Punkt für selbstverständlich halten. Es scheint mir aber zweifellos, daß die Römer selbst dann ein gegenwärtiges Pfandrecht für möglich halten, wenn die

d) Das Eigenthum bleibt volles, ganzes Eigenthum auch dann, wenn ein — sei es auch noch so wichtiges — jus in re aliena die Macht des Eigenthümers (wenigstens dem Inhaber dieses Rechts gegenüber) beschränkt [272]). Ginge das Eigenthum in praktisch durchsetzbaren Möglichkeiten auf, so müßte die geringste rechtliche Machtbeschränkung, solange diese Beschränkung dauert, gradezu seine Substanz partiell zerstören.

e) Endlich dürfen wir uns kühnlich auch grade darauf berufen, daß das römische Recht in einer sehr stattlichen Anzahl von Fällen — Schwebe und Rückwirkung statuirt [273]). Daß wir uns auch grade hierauf stützen, darf man uns, namentlich im Zusammenhalt mit jenen andern Argumenten, nicht als einen unzulässigen Zirkelschluß vorhalten. Man darf eben nicht sagen: „weil die Rechte“ (sc. nach vorgefaßter Ansicht) „in (lauter) gegenwärtiger praktischer Möglichkeit bestehen, so ist Schwebe und Rückwirkung unmöglich“, sondern es ist umgekehrt so zu sagen: „weil bei den Rechten Schwebe und Rückwirkung rechtlich anerkannt ist, so muß geschlossen werden, daß die Rechte

---

Schuld noch nicht zur sicheren Existenz gelangt, sondern nur ein Obligationsverhältniß begründet ist, aus welchem vielleicht Schulden hervorgehen; vgl. insbes. L. 9 pr. D. qui pot. (20, 4) (vorzüglich die Worte: «jus pignoris»). — Die nähere Entwicklung gehört nicht hierher.

[272]) Vgl. L. 25 pr. D. de V. S. (50, 17): «Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cujus ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitus sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. Hoc et Julianus, et est verius.»

[273]) So in L. 19 § 3 de castr. pec. (49, 17), L. 98 § 3 D. de soll. (46, 3), L. 15 D. de reb. dubiis (34, 5), L. 44 pr. § 1 D. de leg. I (30), L. 34 — L. 36 pr. D. ad legem Aquil. (9, 2), L. 86 § 2 D. de leg. I (30), L. 3 D. de man. vind. (40, 2), L. 7 D. de man. test. (40, 4), L. 11 § 9 L. 20 D. de donatt. inter V. et U. (24, 1), L. 57 pr. D. de usfr. (7, 1), L. 21 § 2 D. de inoff. test. (5, 2), L. 38 § 1 D. de leg. I (30), L. 1 § 1 D. de S. C. Mac. (14, 6), L. 12 § 1 inf. D. de distr. pign. (20, 5), L. 43 § 10 D. de aed. edicto (21, 1), L. 25 § 1 D. de usfr. (7, 1), L. 58 § 2, L. 71 §§ 1, 2 D. de soll. (46, 3), L. 12 § 1 D. de captivis (49, 15), L. 16 § 1 D. de pign. (20, 1), L. 8 pr. D. de contrah. emt. (18, 1), L. 25 C. de donatt. int. V. et U. (5, 16), L. 7 pr. C. ad . Mac. (4, 28).

nicht in (lauter) gegenwärtigen praktiſchen Möglichkeiten aufgehen; und dieſer Schluß wird weſentlich unterſtützt dadurch, daß er auch aus einer Reihe von andern rechtlichen Erſcheinungen gezogen werden kann". Non ex regula jus, sed ex jure regula!

2. Aus vorſtehenden Ausführungen ergiebt ſich aber eine weſentliche Beſchränkung der Rückwirkungsmöglichkeit. Der Anſpruch d. h. die kraft eines Rechtsverhältniſſes beſtehende Befugniß zu einem praktiſchen Verlangen, kann nicht ſchweben. Es iſt Das eine abſolute Konſequenz ſeines Weſens. Der Anſpruch iſt in der That lauter praktiſche Möglichkeit. Ob und Was ich heute — ſei es kraft Forderungs- oder eines andern Rechts — von Jemand rechtlich anſprechen kann, Das muß heute entſchieden ſein; ſonſt kann ich heute eben (noch) Nichts von ihm anſprechen [274]).

Möglich bezüglich des Anſpruchs iſt nicht wahre Rückwirkung, ſondern nur ein Rückwirkungsſurrogat: es kann nach der Entſtehung eines Anſpruchs ſo gehalten werden, als ob er ſchon früher beſtanden hätte; umgekehrt kann es nach dem Erlöſchen eines Anſpruchs ſo gehalten werden, als ob er ſchon früher erloſchen wäre. Ein ſehr intereſſantes Beleg findet ſich in der L. 64 D. de V. O. (45, 1):

> «Hujusmodi stipulatio interposita est: ««Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?»» Post triennium condicio exstitit: an hujus temporis nomine agi possit, non immerito dubitabitur» (weil es nämlich ein Widerſinn iſt, einen gegenwärtigen Anſpruch

---

[274]) Paralleles gilt, wie ſchon oben (Anm. 267) bemerkt wurde, von der Einrede-, Replik- u. ſ. w. Befugniß. Ob und inwiefern ich heute einen fremden Anſpruch mittelſt Einrede, Duplik, Quadruplik pp. zurückweiſen, ob und inwiefern ich heute einen eigenen Anſpruch mittelſt Replik, Triplik pp. einer Einrede resp. Duplik pp. gegenüber aufrecht erhalten kann, Das ſind Fragen, die nur mit einem ſofortigen entſchiedenen Ja oder mit einem ſofortigen entſchiedenen Nein beantwortet werden können.

von künftigen Thatſachen abhängig zu machen). «Respondit eam stipulationem utilem esse ita, ut in ea eorum quoque annorum, qui ante impletam condicionem intercesserint, praestatio in id tempus (sc. impletae condicionis) collata intelligatur, ut sententia ejus sit talis: tunc cum Titius consul factus fuerit, in annos singulos, etiam praeteriti temporis habita ratione, dena praestentur.»

Der vernünftige Sinn einer ſolchen Stipulation kann nur dieſer ſein, daß der Anſpruch erſt mit Eintritt der Bedingung entſtehen, dann aber ſeinem Inhalte nach auch mit Rückſicht auf die Zwiſchenzeit beſtimmt werden, alſo — Was auf Daſſelbe hinausläuft — ſo angeſehen werden ſolle, als wäre er ſchon bei Abſchluß des Rechtsgeſchäfts vorhanden geweſen und folglich inzwiſchen im Betrage von drei Renteposten aufgelaufen [275]). —

---

[275]) Vgl. auch § 14 J. de inutill. stipp. (3, 19), L. 25 C. de test. (6, 23) (beſ. den Schluß: «exactione videlicet post condicionem, vel diem competente»). — Allerdings ſprechen die Römer auch von einer Pendenz der Anſprüche. Allein damit können ſie nur meinen und meinen ſie in der That nur die Ungewißheit der künftigen Exiſtenz des Anſpruchs. So z. B. in L. 12 § 5 D. de usfr. (7, 1): «— — — — cum autem in pendenti est dominium (ut ipse Julianus ait in fetu qui summittitur et in eo quod servus fructuarius per traditionem accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto, dicendum est condictionem pendere — — — —». Daß hiermit in der That nur die künftige, und nicht die gegenwärtige Zuſtändigkeit der condictio (furtiva) als in pendenti befindlich bezeichnet werden ſoll, geht ganz klar hervor aus der L. 43 § 10 D. de aed. ed. (21, 1), wo der zweite der in L. 12 § 5 cit. genannten Fälle ſchwebenden Eigenthums ebenfalls erörtert wird, und zwar ſo: «Interdum etiamsi pura sit venditio, propter juris conditionem in suspenso est, veluti si servus, in quo alterius ususfructus, alterius proprietas est, aliquid emerit: nam dum incertum est, ex cujus re pretium solvat, pendet, cui sit adquisitum, et ideo neutri eorum redhibitoria competit». So wie hiernach vor erfolgter Zahlung ganz den Keiner von Beiden die actio redhibitoria hat, ſo ſteht in ebenſo entſchieden auch die rei vindicatio, die condictio fur- Keinem von Beiden zu.

In analoger Weise wie bezüglich der Zuständigkeit eines Anspruchs, kann auch bezüglich einer Einrede, Replik pp. nur von einem Rückwirkungssurrogat die Rede sein; d. h. es ist nur möglich, daß eine Einrede, Replik pp., welche in der That erst jetzt entstanden ist, so behandelt wird, als ob sie schon früher bestanden hätte.

IV. Indem wir also unsre Ansicht dahin zusammenfassen können, daß wir Schwebe und (wahre) Rückwirkung bei den Rechtsverhältnissen insoweit, als sie nicht Ansprüche, Einreden u. s. w. sind, für logisch möglich und (in großem Umfange) positiv anerkannt halten, bleibt hierbei noch Ein Punkt zu betrachten übrig.

Es drängt sich nämlich nothwendig die Frage auf, wie denn das Rechtsverhältniß während der Zeit seines Schwebens praktisch zu behandeln sei? m. a. W. ob Jemand, resp. Wer, mit Rücksicht darauf, daß Existenz, Nichtexistenz oder Soexistenz des Rechtsverhältnisses sich vielleicht zu seinen Gunsten entscheidet, in jener Zwischenzeit (wirklich) Ansprüche, Einreden pp. hat?

Hierauf ist nun zu antworten, daß ein allgemeines Prinzip in dieser Beziehung nicht aufgestellt werden kann. Irgend welche vorläufige Regulirung, irgend ein provisorischer modus vivendi muß in jedem Falle von Schwebe und Rückwirkung stattfinden [276]). In welcher Weise aber diese Regulirung stattfindet, Das ist für jeden einzelnen Rückwirkungsfall besonders zu untersuchen. [277])

---

[276]) Auf den Begriff der vorläufigen Regulirung wird in der That Jeder geführt, der mit dem Rückwirkungs- und Schwebebegriff vollen und ganzen Ernst macht. Vgl. insb. Fitting, Rückziehung S. 27 a. E.; Köppen, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 52 (Z. 7, 8), Fruchterwerb des b. f. possessor S. 33 (Z. 1—10), S. 59 unten, 60 oben, S. 75—77; Brinz, Pand. § 330 S. 1475, 1476.

[277]) Denn der Satz der L. 169 § 1 D. de R. J. (50, 17): «Quod pendet, non est pro eo, quasi sit», ist viel zu allgemein. Beispiele vorläufiger Regulirung: L. 98 § 3 D. de soll. (verb. «perinde accipere debemus, ac si alienam dedisset»), L. 1 § 1 D. de S. C. Mac. (14, 6), L. 12 § 1 D. de distr. pign. (20, 5) (verb. «arbitror interim quidem nihil a debitore peti posse»), L. 43 § 10 D. de aed. ed. (21, 1). — Wenn und

V. Schließlich noch drei kurze Bemerkungen:

1) Der Rückwirkungsbegriff hat praktische Bedeutung. Um nur Eins hervorzuheben: Wenn Der, für welchen durch den Eintritt der rückwirkenden Thatsache ein gewisses Rechtsverhältniß, z. B. Eigenthum, entsteht, in der Schwebezeit (unbedingte) Dispositionen über dieses Rechtsverhältniß getroffen hat, so werden dieselben durch den Eintritt der rückwirkenden Thatsache als vom Berechtigten ausgegangen, also als gültig entschieden. Wo aber eine nachfolgende Thatsache das Rechtsverhältniß ohne Rückwirkung begründet, da bleibt wahr, daß zur Zeit jener Dispositionen das Rechtsverhältniß zu Gunsten des Disponirenden nicht bestand; nach dem Satze «Quod ab initio vitiosum pp.» ist und bleibt also die Disposition nichtig. Vgl. L. 11 § 9 D. de don. int. V. et U. (24, 1).

2) Die (wahre) Rückwirkung ist keine Fiktion, sondern (juristische) Wirklichkeit. Die rückwirkende Thatsache bewirkt nicht etwa, daß es (blos) so gehalten wird, als ob in der Zwischenzeit ein gewisses Rechtsverhältniß bestanden, nicht bestanden oder so bestanden habe, sondern sie bestimmt, daß für die juristische Auffassung Dasselbe in der That bestanden, nicht bestanden oder so bestanden hat.[278])

---

soweit bei der Bedingung (wahre) Rückwirkung stattfindet — Was hier nicht zu untersuchen ist —, gestaltet sich die während der Schwebezeit bestehende provisorische Regulirung bei der Suspensivbedingung zu Gunsten des Veräußernden oder sich Verpflichtenden, bei der Resolutivbedingung zu Gunsten des Erwerbenden. — Noch verdient hervorgehoben zu werden, daß der bekannte Streit der Sabinianer und Prokulejaner darüber, wie post aditam hereditatem das Eigenthumsverhältniß an der unbedingt legirten Sache zu bestimmen sei, ehe sich der Legatar über Agnition oder Repudiation erklärt hat (cf. Gajus II § 195, § 200 in fine), in der That nur die Frage der provisorischen Regulirung betraf: Die Sabinianer bestimmten diese Regulirung zu Gunsten des Legatars, die Prokulejaner zu Gunsten Keines der beiden Interessenten. Daß aber die Frage des wahren Eigenthums in pendenti war, darin stimmten beide Schulen überein; für die Sabinianer beweist 36 § 2 D. de leg. I (30). (von Julianus), für die Prokulejaner de furtis (47, 2) (von Neratius).

) Wer Das Fiktion nennen will, der muß konsequentermaßen tsverhältnisse als Fiktionen bezeichnen.

Wohl aber kann als Fiktion bezeichnet werden das Rückwirkungssurrogat, welches bei dem Anspruche, den Einreden pp. möglich ist (s. o.): hinsichtlich des Anspruchs, der Einreden pp. ist die Vergangenheit vollständig bestimmt gewesen; es kann daher nachträglich höchstens so gehalten werden, wie wenn die Vergangenheit anders gewesen wäre, als sie wirklich gewesen ist.

3) Man kann darüber streiten, ob die Theorie der Schwebe und Rückwirkung eine praktisch angemessene, auch darüber, ob sie eine elegante, nicht vielleicht besser formulirbare ist.[279]) Jedenfalls aber ist sie, wie wir sahen, positiv anerkannt, und so lange uns nicht etwa Jemand von ihrer logischen Unmöglichkeit überzeugt, haben wir an ihr festzuhalten.

§ 12. Die Rückwirkung der Ratihabition.

Nachdem wir nunmehr den Rückwirkungsbegriff möglichst klar zu stellen versucht haben, und derselbe, trotz der gefährlichsten gegen ihn erhobenen Angriffe, dennoch, wie wir hoffen, am Leben geblieben ist, so fragt sich nun, ob und inwiefern dieser Begriff Anwendung auf unsre Ratihabition finde?

I. Die entscheidenden Quellenstellen sind, wie männiglich bekannt, die L. 25 C. de don. inter V. et U. (5, 16) und die L. 7 pr. C. ad S. C. Mac. (4, 28). So oft und viel diese beiden justinianischen Gesetze auch schon erörtert worden sind, so können wir uns der abermaligen Untersuchung dennoch um so weniger entschlagen, da die Ansichten über den Sinn dieser Stellen immer noch meilenweit auseinandergehen.[280])

Das Kardinalgesetz ist die L. 25 cit. (vom Jahre 528):

> «Donationes, quas parentes in liberos cujuscunque sexus in potestate constitutos conferunt vel uxor in suum maritum vel maritus in suam uxorem vel alteruter eorum in aliam personam,

---

[279]) Vgl. Wächter, das schwebende Eigenthum, S. 3.

[280]) Vgl. die in Anm. 236 angegebene Literatur.

cui constante matrimonio donare non licet, vel ipsae aliae personae in eam cui donare non poterant, ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus, si usque ad quantitatem legitimam vel eam excedentes actis fuerint intimatae. Nam amplioris quantitatis donationem minime intimatam nec per silentium ejus qui donavit confirmari concedimus. (§ 1) Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverit, sine ulla distinctione ratae habebuntur, ita tamen ut, si quidem ultra lege finitam quantitatem expositae minime actis intimatae fuerint, specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eaedem donationes confirmatae sunt. (§ 2) Sin vero vel non amplior sit donatio vel, cum amplior esset, in actis insinuata sit, tunc et silentium donatoris vel donatricis et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit: sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. Nec in ceterum subtilem divisionem facti vel juris introduci posse.»

Um die Tendenz dieſer Konſtitution ermeſſen zu können, muß man ausgehen von dem Rechtszuſtande vor der L. 25 cit. Und da war nun ſchon lange vor dieſem Geſetze ſo Viel feſtſtehend, daß Schenkungen unter Ehegatten und ſolche von Gewalthabern an ihre Gewaltunterworfenen — welche beide Rechtsgeſchäfte in der alten Zeit ganz wirkungslos waren — dadurch zu Kraft kamen, daß der Schenker, ohne widerrufen zu haben, ſtarb. [281])

---

[281]) Für Schenkungen unter Ehegatten: L. 32 pr. §§ 1 und 2 D. h. t. (24, 1); für Schenkungen an Gewaltunterworfene: L. 18 pr. C. fam. herc. (3, 36) («— — — — — — saepe rescriptum est — — —»), Paull. sent. V, 11, § 3 («Pater si filiofamilias aliquid donaverit et in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio convalescit»).

Was nun Justinian in L. 25 bezüglich dieser Rechtsgeschäfte unzweifelhaft festsetzt, ist die Unterscheidung, ob bei der Schenkung die Insinuationsvorschriften verletzt worden sind oder nicht. Ersterenfalls soll die Schenkung nur durch Bekräftigung in einer (förmlichen) letztwilligen Verfügung gültig werden; letzternfalls solle dazu Nichtwiderruf genügen.

Es ist nun aber

1) Ganz sicher, daß die Tragweite jener von Justinian gemachten Unterscheidung sich auf das eben Gesagte nicht beschränkt. Justinian sagt in § 2 eben nicht einfach: «tunc et silentium — — sufficit», sondern — im Gegensatz zu dem vorhergehenden «ex eo tempore vim habeat, ex quo eaedem donationes confirmatae sunt» — : «tunc et silentium — — — — — — ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit.» Und da gerade diese Festsetzung auf alle Ratihabitionen ausgedehnt wird, so kommt für uns Alles auf den Sinn des «ad illud tempus referatur» an.

2) Diesen Sinn könnte man denkbarerweise dahin beschränken wollen, daß Justinian nur sagen wolle: wenn bei der Schenkung die Insinuationsvorschrift nicht verletzt worden sei, so bedürfe es nicht des Abschlusses eines neuen, selbstständigen Rechtsgeschäfts, sondern durch das (im pr. der Stelle bereits als genügend bezeichnete) Nichtwiderrufen komme die alte Schenkung zu Kräften; während, falls jene Vorschriften verletzt worden seien, nicht Konvaleszenz, sondern nur Abschluß eines ganz neuen Geschäfts möglich sei. Die Rückwirkungsfrage (in unserem Sinn) wäre nach dieser Ansicht offen gelassen.

Gegen diese beschränkende Auffassung spricht aber schon

a) die große Unwahrscheinlichkeit, daß Justinian eine solche theoretische Betrachtung gepflogen habe. War ja doch der praktische Kern jenes theoretischen Unterschieds jedenfalls schon festgestellt durch die vorausgegangene Bestimmung, daß im einen Fall Nichtwiderruf genüge, im andern aber Bekräftigung im (förmlichen) letzten Willen nöthig sei.

b) Gradezu widerlegt aber wird die in Rede stehende Auffassung durch den Gegensatz, welchen die Stelle zu dem

«ad illud tempus referatur» macht. Dieſer (für den Fall der Verletzung der Inſinuationsvorſchrift aufgeſtellte) Gegenſatz iſt nicht (blos): Abſchluß eines neuen ſelbſtſtändigen Geſchäfts, ſondern:

> «(specialis earum confirmatio) ex eo tempore **vim habeat**, ex quo eaedem donationes confirmatae sunt.»

Wenn auf dieſe Worte unmittelbar folgt:

> «(Sin vero vel non amplior — — — — —, tunc, et silentium — — et specialis confirmatio) ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit»,

ſo iſt es ganz unausweichbar, Das für gleichbedeutend zu halten mit

> «(Silentium et specialis confirmatio) ex eo tempore **vim habeat**, ex quo donatio conscripta sit.»

Alſo wird für den Fall, daß die Inſinuationsvorſchrift gewahrt iſt, von Juſtinian nicht nur anerkannt, daß grundlegendes Rechtsgeſchäft der frühere Akt (und nicht die Ratihabition) ſei, ſondern auch, daß, wenn (ausdrückliche oder ſtillſchweigende) Ratihabition erfolge, jenes grundlegende Rechtsgeſchäft Wirkung von Anfang habe.

Und dieſe rückwirkende Kraft wird dann für alle (zuläſſigen) Ratihabitionen von Rechtsgeſchäften feſtgeſetzt (verb.: «sicut et alias ratihabitiones negotiorum pp.»).

3) Da nun zu den Fällen zuläſſiger Ratihabition der Fall, daß ein ſtellvertretender negotiorum gestor ein Rechtsgeſchäft vorgenommen hat, unzweifelhaft gehört[282]), ſo hat die Ratihabition auch hier rückwirkende Kraft. —

---

[282]) Vgl. L. 42 § 1 D. de acq. vel amitt. poss. (41, 2), L. 12 § 4 D. de soll. (46, 3), L. 23 (M.) D. de neg. gest. (3, 5). — Durch dieſen Umſtand verliert für uns diejenige Frage, welche bezüglich der L. 25 cit. m. E. die wichtigſte iſt, ihre Bedeutung — die Frage nämlich, ob dieſes Geſetz das allgemeine Prinzip aufſtelle, daß alle mangelhaften Rechts-

Das andre entſcheidende Geſetz iſt die L. 7 pr. cit. (vom Jahre 530):

«Si filiusfamilias citra patris jussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum habuerit contractum, veterum ambiguitatem decidentes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandato filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse hujusmodi contractum, cum testimonium paternum

---

geſchäfte durch Ratihabition, d. h. einſeitige Billigung, überhaupt geheilt werden können? Dieſe Frage wird, wie es ſcheint, von Windſcheid (Pand. § 83 Anm. 10) bejaht. „Das Wenigſte", ſagt er, „Was aus dieſen Worten" (sc. sicut et alias — — contracta sunt) „entnommen werden muß, iſt, daß Juſtinian eine jede Beſtätigung überhaupt als Beſtätigung, und nicht als Abſchluß eines neuen Rechtsgeſchäfts angeſehen wiſſen will"; nur verlangt er (§ 83, Text, Nr. 2 zu Anf.), daß „die Beſtätigung nicht ihrerſeits an einem Ungültigkeitsgrunde, und namentlich nicht an demſelben Fehler leide, welcher der beſtätigten Willenserklärung anklebt." (Windſcheid ſpricht hier zwar nur von den Fällen der Beſtätigung, alſo der Ratihabition eines Rechtsgeſchäfts durch deſſen Urheber; allein aus § 74 Anm. 6 sub 3) ergiebt ſich, daß W. die Worte «sicut et alias pp.» auf alle Ratihabitionen bezieht.) Unſeres Erachtens nun iſt hierzu vor Allem zu bemerken, daß Das, Was Windſcheid als „das Wenigſte" bezeichnet, grade das Wichtigſte ſein würde, Was man aus Juſtinian's Geſetz entnehmen könnte. Denn danach würde — wenn ich Windſcheid richtig verſtehe — z. B. ein im Wahnſinn geſchloſſenes Geſchäft nach erlangter Geiſtesgeſundheit, der Verkauf einer res extra commercium nach eingetretener Verkehrsfähigkeit, ein verbotenes Rechtsgeſchäft nach Wegfall des Verbots vom Urheber ratihabirt werden können; wäre Dem wirklich ſo, ſo würde Das gewiß noch weit wichtiger ſein als die Frage, ob und wo die Ratihabition rückwirkende Kraft hat. Es wäre nun aber 1) Höchſt befremdlich, daß trotz der in L. 25 cit. angeblich erfolgten Statuirung einer ſo univerſellen Heilkraft der Ratihabition dennoch in einer großen Anzahl von Stellen das Prinzip angewandt wird, daß (einſeitige) Beſtätigung eines nichtigen Geſchäfts daſſelbe nicht zu Kraft bringt, daß vielmehr zur Herbeiführung des gewünſchten Effekts ein ganz neues Rechtsgeſchäft erfordert wird (vgl. z. B. § 4 J. de milit. test. [2, 11], L. 25 D. de test. mil. [29, 1] [verb.: «sed plane fecisse pp.»],

respuere satis iniquum est. Necesse est enim patris ratihabitionem principali patris mandato vel consensui non esse absimilem, cum nostra novella lege (et) generaliter omnis ratihabitio retrorsus trahitur et confirmat ea ab initio, quae subsecuta sunt. — —»

Dieſe Stelle beſtätigt unſer bezüglich der L. 25 cit. gewonnenes Reſultat auf's Vollkommenſte. Denn erwägt man, daß die Frage, ob nachfolgende Einwilligung des Gewalthabers das vom Gewaltunterworfenen aufgenommene Darlehen überhaupt zur Gültigkeit (genauer: zur Klagfähigkeit) bringe, vor Juſti-

---

L. 1 § 1 D. de leg. III [32], L. 10 D. ad S. C. Trebell. [36, 1], L. 4 § 6 D. de off. proconsulis [1, 16]). Daß ſolche Stellen aus bloßem Verſehen aufgenommen worden ſein ſollten, iſt doch mehr wie unwahrſcheinlich. 2) Es nöthigt uns nun aber auch die L. 25 C. cit. ſelbſt zu jener weitgehenden Auffaſſung keineswegs. Nicht freilich darf behauptet werden, daß das alias ratihabitiones nur bedeute: „(gewiſſe) andere Ratihabitionen"; dieſen Ausweg verlegt uns die, auf L. 25 bezugnehmende L. 7 pr. cit. vollſtändig (verb. «cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio retrorsus trahitur et confirmat ea ab initio, quae subsecuta sunt» [Krueger]). Allein Was durch die entſcheidenden Worte «sicut et alias — — — contracta sunt» ausgedehnt wird, iſt das (unmittelbar vorausgehende) «Sin vero — — — conscripta sit»; mit dieſen Worten wird aber nicht die Zuläſſigkeit der (formloſen) Ratihabition kleiner resp. inſinuirter großer Schenkungen betont — denn Das war ſchon im pr. geſchehen —, ſondern es wird, wie wir im Text gezeigt haben, die rückwirkende Kraft jener Ratihabition ſtatuirt. Folglich wird durch die Worte «sicut et alias pp.» nicht prinzipielle Zuläſſigkeit jegliche Ratihabition von Rechtsgeſchäften, ſondern prinzipielle Rückwirkung einer jeden überhaupt zuläſſigen Ratihabition anerkannt. Die Frage, welche Rechtsgeſchäfte denn überhaupt ratihabirt werden können, läßt Juſtinian ganz unbeantwortet. Sonach iſt alſo der Sinn des «sicut et alias pp.» dieſer: „wie überhaupt in allen Fällen, wo ein Rechtsgeſchäft ratihabirt werden, d. h. durch einſeitige Billigung gültig werden kann, die Ratihabition rückwirkende Kraft haben muß." — Für uns iſt, wie ſchon bemerkt, die im Vorſtehenden verhandelte Frage ohne Belang, weil das vom ſtellvertretenden negotiorum gestor abgeſchloſſene Rechtsgeſchäft jedenfalls zu den ratihabitionsfähigen Rechtsgeſchäften gehört. Für uns hat in der L. 25 C. nur die Statuirung der rückwirkenden Kraft einer jeden (zuläſſigen) Ratihabition Intereſſe.

nian, wie es ſcheint, bereits ganz feſtſtund [283]), ſo kann ſich die von Juſtinian berührte «veterum ambiguitas» nicht auf jene Frage, ſondern wohl nur auf die bezogen haben, ob die genannte Einwilligung rückwirkende Kraft habe. Und dieſe Frage entſcheidet nun Juſtinian (verb. «quemadmodum, si ab initio pp.»; «Necesse est enim patris ratihabitionem principali patris mandato vel consensui non esse absimilem»), indem er ſich auf die, zwei Jahre zuvor erlaſſene L. 25 cit. bezieht, welche ja jeder (zuläſſigen) Ratihabition rückwirkende Kraft beilege. [284])

II. Daß nun aber die, ſoeben feſtgeſtellte, Rückwirkung jeder zuläſſigen Ratihabition in der That demjenigen Begriffe von Rückwirkung entſpricht, den wir im vorigen Paragraphen feſtzuſtellen verſucht haben, daß alſo m. a. W. die Ratihabition Entſcheidung eines Schwebezuſtandes bewirkt, Das ergiebt ſich aus den in den LL. 25 und 7 pr. citt. gebrauchten Ausdrücken mit Sicherheit.

Der in L. 25 angewandte Ausdruck «ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt (negotia)» findet ſeine direkte Erklärung in der bekannten L. 15 D. de reb. dub. (34, 5):

---

[283]) Vgl. L. 7 § 15 (Ulp.) und L. 16 (Paull.) D. de S. C. Mac. (14, 6).

[284]) Es kann allerdings nicht in Abrede geſtellt werden, daß ſich Juſtinian in einer Weiſe äußert, als ob er auch die Frage entſcheide, ob das contra S. C. Mac. aufgenommene Darlehen durch Ratihabition überhaupt gültig (klagfähig) werde. Sollte er aber auch dieſen Punkt mitentſchieden haben, ſo dürfte daraus doch keine Waffe für die in Anmerk. 282 abgelehnte Anſicht entnommen werden. M. a. W. man dürfte nicht etwa ſo argumentiren wollen: „Da Juſtinian (auch) die Zuläſſigkeit einer gewiſſen Ratihabition entſchieden habe, ſo müſſe das ſich daran anſchließende ««cum nostra novella pp.»» nothwendig beſagen, daß kraft der L. 25 cit. prinzipiell jede Ratihabition mangelhafter Rechtsgeſchäfte zuläſſig ſei.“ Denn daß Juſtinian in L. 25 eine ſolche exorbitante Beſtimmung nicht getroffen hat, glauben wir gezeigt zu haben. Auch L. 7 pr. alſo überhebt die Wiſſenſchaft nicht der Unterſuchung, in welchen rechtlichen Situationen Ratihabition überhaupt zuläſſig ſei.

«Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retro ducitur, et apparet, quid actum est. — — —» [285])

Und speziell für die Ratihabition unsrer stellvertretenden negotiorum gestio vgl. z. B. L. 58 § 2 D. de soll. (46, 3):

«Et si duo rei stipulandi sunt, quorum alterius absentis procuratori, tum (M.), antequam is ratum haberet, interim alteri solutum est, in pendenti est posterior solutio aeque (M.) ac prior: quippe incertum est, debitum an indebitum exegerit.»

Klarer als durch diese Stelle kann der Schwebe- und Rückwirkungsbegriff nicht veranschaulicht werden. Erfolgt die Ratihabition des abwesenden Korrealgläubigers nicht, so entscheidet sich dadurch, daß die solutio an seinem negotiorum gestor wirkungslos war, und folglich auch, daß die zweite solutio das debitum noch vorfand, daher zerstören konnte. Ratihabirt aber der Abwesende, so entscheidet sich dadurch, daß die erste solutio die Obligation sofort getilgt hat, und folglich auch, daß die zweite Leistung eine solutio indebiti war. So konnte sich Ulpian unmöglich ausdrücken, wenn er der Ratihabition zerstörende Kraft blos ex nunc hätte beilegen wollen: hiernach hätte ja zur Zeit der zweiten solutio das debitum jedenfalls noch bestanden.

Vgl. ferner L. 71 §§ 1 und 2 D. eod. Diese beiden Stellen, welche im dritten Kapitel Besprechung finden werden, wären ebenfalls unerklärlich, wenn der Verfasser (Celsus) der Ratihabition nicht rückwirkende Kraft in unserem Sinn beigelegt hätte. [286])

---

[285]) Vgl. auch L. 11 § 9 D. de donn. inter. V. et U. (24, 1): «— — Plane in quibus casibus placeat retro agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur.» Es ist klar, daß hier vor allen Dingen die erste, das «retro agi» unmittelbar gewärtigende, Tradition «in pendenti habetur».

[286]) Im genannten Kapitel wird sich auch zeigen, daß nicht alle

III. Steht nunmehr feſt, daß jede, überhaupt zuläſſige, Ratihabition, alſo auch die der ſtellvertretenden n. gestio, rückwirkende Kraft, und zwar rückwirkende Kraft grade in dem in § 11 feſtgeſtellten Sinne hat, ſo können wir, unter Bezugnahme auf die Ausführungen des genannten Paragraphen, die rechtlichen Folgen des vom ſtellvertretenden negotiorum gestor vorgenommenen Rechtsgeſchäfts folgendermaßen charakteriſiren. [287])

1) So lange ungewiß iſt, ob Genehmigung erfolgt oder nicht, befindet ſich die gewollte rechtliche Wirkung des Geſchäfts im Zuſtand der Schwebe. Es iſt m. a. W. noch unbeſtimmt, ob der von den Parteien beabſichtigte Eigenthumsübergang ſtattgefunden, ob die beabſichtigte Servitut, Pfandrecht, Obligation entſtanden, ob die beabſichtigte Schuldbefreiung eingetreten iſt, u. ſ. w. u. ſ. w. Es wird aber vorläufig ſo gehalten, als ob All' Das nicht eingetreten wäre, m. a. W. als ob der rechtliche status quo ante noch fortbeſtünde.

Nicht aber können in Schwebe gedacht werden die einſchlägigen Anſprüche, Einreden, Repliken pp. Sondern: daß es bezüglich der von den Parteien beabſichtigten Wirkung, alſo der Exiſtenz, Nichtmehrexiſtenz oder Soexiſtenz von Rechtsverhältniſſen, vorläufig ſo gehalten wird, als ob ſie noch nicht eingetreten wäre. Das heißt eben mit andern Worten, daß alle praktiſchen Möglichkeiten, welche kraft jener Exiſtenz, Nichtexiſtenz oder Soexiſtenz beſtehen könnten, alſo die Anſprüche, Einreden, Repliken pp. in der That noch nicht beſtehen. Es bleibt in dieſer Hinſicht vorläufig Alles beim Alten.

2) Bleibt die Ratihabition aus, ſo wird dadurch entſchieden, daß die ſeitherige proviſoriſche Behandlung der Rechtsver-

römiſchen Juriſten die Rückwirkung der Ratihabition anerkannten; daß alſo die von Juſtinian in L. 25 C. cit. getroffene prinzipielle Beſtimmung über die Ratihabitionen grade den Streit über die Rückwirkung der Ratihabitionen ſchlichten will.

[287]) Die einzigen Schriftſteller, bei welchen ich eine entſchiedene und vollbewußte Anwendung des Schwebe- und Rückziehungsbegriffs auf unſre ſtellvertretende n. gestio gefunden habe, ſind Köppen und Brinz. Vgl. Köppen, der obl. Vertrag unter Abw. S. 21; Brinz, Pand. § 373.

hältniſſe der wahren rechtlichen Situation entſprach, m. a. W. daß die beabſichtigte rechtliche Wirkung niemals eingetreten iſt.

3) Erfolgt die Ratihabition, ſo wird dadurch entſchieden, daß die gewollte rechtliche Wirkung in der That von Anfang an eingetreten war. Die Anſprüche, Einreden, Repliken pp. aber, zu welchen die, nunmehr entſchiedene, rechtliche Situation hätte befugen können, entſtehen nothwendig erſt jetzt; für die Vergangenheit kann hier nur ein Rückwirkungs-Surrogat eintreten, d. h. es wird nach der Genehmigung ſo gehalten, als ob jene Anſprüche, Einreden, Repliken pp. ſchon in der Zwiſchenzeit beſtanden hätten.

IV. Eine ſpezielle, ganz beſonders beſtrittene Frage iſt bekanntlich die, ob auch die Ratihabition eines vom negotiorum gestor im Namen des Prinzipals vorgenommenen Beſitzerwerbs rückwirkende Kraft habe.[288])

Nach Dem, Was wir oben § 4 sub A, I ausgeführt haben, können wir uns über den vorliegenden Punkt kurz faſſen.

Bereits nach (neuerem) römiſchem Rechte vollzieht ſich der Erwerb des jus possessionis durch Stellvertreter grade ſo, wie der Erwerb jedes andern Rechts durch ſolche. Die (ganze) Handlung, alſo corpus und animus, wird vom Stellvertreter vorgenommen; Der erlangt alſo die thatſächliche Gewalt (possessio in dieſem Sinn). Aber das jus possessionis erlangt der Prinzipal — vorausgeſetzt nur, daß Vollmacht vorliegt. Exiſtirt ein thatſächlicher Grund der Vollmacht noch nicht im Augenblicke der Beſitzergreifung, ſo muß die Vollmacht durch Ratihabition beſchafft werden. Da aber die beſitzrechtsgrundlegenden Faktoren, corpus und animus auf Seiten des Stellvertreters, nicht des Prinzipals, erfordert ſind, ſo

---

[288]) Verneint wird die Frage z. B. von Savigny, Recht des Beſitzes, 6. Aufl. S. 365, Anm. 2: „Ein Zurückrechnen, welches bei eigentlich juriſtiſchen Handlungen ſtattfindet, gilt bei dem Beſitz natürlich nicht.“ — Weitere Literaturangaben bezüglich der Frage finden ſich bei Windſcheid, Pand. § 155 Anm. 10 a. Beizufügen iſt: Brinz, Pand. § 373, S. 1622 (der ſich gegen die Rückwirkung erklärt).

iſt die Ratihabition kein Stück des Hauptgeſchäfts, ſondern bloße Zuſtimmung zu dem Hauptgeſchäft. Warum nun dieſe Zuſtimmung die rückwirkende Kraft, welche die Ratihabition bei dem Erwerbe andrer rechtlicher Vortheile durch einen ſtellvertretenden n. gestor hat, nicht haben ſoll — dafür beſteht, wenn man den Rechts-Charakter des Beſitzes, ſowie den Begriff der (wahren) Stellvertretung feſt vor Augen hält, nicht der mindeſte Grund. [289])

Betrachten wir nun aber die über die vorliegende Frage exiſtirenden Quellenausſprüche, ſo ſtehen dieſe unſrer Anſicht keineswegs entgegen.

L. 42 § 1 D. de poss. (41, 2) (von Ulpian) ſagt:

> Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emtionem.

Und Paulli sent. V, 2 § 2 lautet:

> Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.

Daß nun dieſe beiden Stellen die Ratihabition als rechtliches Erforderniß für den Beſitzerwerb des durch einen nego-

---

[289]) In Gemäßheit des Geſagten ſchwebt alſo in der Zwiſchenzeit das jus possessionis: es iſt noch unentſchieden, ob es dem Prinzipal oder (fortwährend) dem Tradenten (bei Okkupation: Niemanden) zuſteht. (Sicher und der Schwebe unfähig iſt nur, daß der Stellvertreter die thatſächliche Gewalt erlangt hat.) Vorläufig iſt der ſeitherige rechtliche Zuſtand als fortdauernd zu behandeln; d. h. der Trabent (bei Okkupation: Niemand) wird in der Zwiſchenzeit als juriſtiſcher Beſitzer behandelt. — Daß aber Schwebe (und Rückwirkung) beim Beſitze in der That möglich iſt, geht klar hervor aus L. 22 § 3 D. de captivis (49, 15).

tiorum gestor vertretenen Prinzipals bezeichnen, ist freilich klar. Aber eben so willkührlich ist es meines Erachtens, wenn man ihnen den Sinn beilegt, daß die Ratihabition diesen Besitzerwerb blos für die Zukunft bewirke. Denn ich frage ganz einfach: Wie hätten sich denn jene Stellen, um solcher Interpretation vorzubeugen, vorsichtiger ausdrücken sollen? Ulpian sagt ja nicht etwa: tunc demum, quum oder ex eo tempore, quo ratam hab. dom. emt., sondern: non nisi r. h. d. e.: allerdings nur unter der Voraussetzung (der Rechtsbedingung) der Ratihabition wird der Prinzipal juristischer Besitzer; unter dieser Voraussetzung aber auch von Anfang an. Ebenso bedient sich Paulus des ähnlich vorsichtigen Ausdrucks non aliter, quam si rata sit, quaeritur: auch dieser Ausdruck nöthigt uns durchaus nicht, den Anfang des Besitzes, falls Ratihabition erfolgt, erst von dieser an zu datiren. „Nichtohneseinkönnen und Nichtvorseinkönnen sind zwei verschiedene Dinge.“ [290]).

Gesetzt aber auch — nicht zugegeben — daß jene beiden Stellen bei dem Besitzerwerb die rückwirkende Kraft der Ratihabition wirklich leugnen, so müßte dieselbe dennoch für das justinianische und heutige Recht anerkannt werden. Denn da jene Stellen zum Mindesten Soviel statuiren, daß der apprehendirende neg. gestor Stellvertreter ist, m. a. W. daß in seiner Person corpus und animus erfordert sind, von Seiten des Prinzipals aber nur noch eine accessorische Handlung, die Ratihabition, nöthig ist, so finden Justinian's oben besprochene L. L. 25 und 7 pr., wonach jede ächte Ratihabition rückwirkende Kraft haben soll, unbedenklich auch auf den vorliegenden Fall Anwendung. Diese Anwendung zu machen ist aber um so unbedenklicher, als das Leugnen der rückwirkenden Kraft im vorliegenden Falle eine Inkonsequenz enthalten würde: nachdem einmal der Rechts-Charakter des Besitzes und die dadurch ermöglichte Stellvertretung im Besitzerwerb [291]) anerkannt war,

---

[290]) Brinz, Pand. S. 1446.

[291]) Soferne man den Besitz im Sinne von thatsächlicher Gewalt auffaßt, läßt er offenbar keine Stellvertretung im Erwerbe zu: wenn ein Andrer als der Prinzipal jene Gewalt erlangt (nicht etwa dem

so bestand kein triftiger Grund, diese Stellvertretung irgend anders zu behandeln, als andre Stellvertretungsfälle.

V. Die praktische Bedeutung der Rückwirkung, welche die Ratihabition stellvertretender negotiorum gestio ausübt[292]), äußert sich hauptsächlich in folgenden Beziehungen:

1) Beim Besitzerwerb. Würde der Besitz (das jus possessionis) des Prinzipals erst im Augenblicke der Ratihabition entstehen, so würden alle faktischen Momente, welche in diesem Augenblicke einen Neuerwerb des Besitzes durch den Prinzipal hindern würden, auch Dessen gültiger Ratihabition entgegenstehen. Denn obgleich der Besitz ein Recht ist, so ist er doch wesentlich und in höherem Maße, als andre Rechte, an faktische Voraussetzungen geknüpft. Wenn daher in der Zwischenzeit zwischen Apprehension und Ratihabition die Sache z. B. vom gestor an A veräußert, oder ihm von A gestohlen wird, so wäre vom Standpunkte der Nichtrückwirkung die Ratihabition unmöglich: die (unbestreitbare) thatsächliche Gewalt des A über die Sache schließt, so lange sie dauert, jeden nunmehrigen Besitzerwerb eines Andern natürlich aus. Auch dann wäre von jenem Standpunkte die Ratihabition unmöglich, wenn in der bezeichneten Zwischenzeit die Sache dem gestor verloren gegangen wäre u. s. w. u. s. w.[293]). Alle diese Ereignisse sind nach unsrer Auffassung

---

Prinzipal bei Dessen Gewalterlangung behülflich ist), so bleibt dieser Umstand — daß der Andre die Gewalt erlangt hat — nicht weniger wahr, wenn er auch in fremdem Namen gehandelt hat. Thatsächliche Gewalt kann man stets nur durch eignen animus und eignes corpus (wenn auch vielleicht mit fremder Hülfe) erlangen. Daher würde von dem Standpunkte aus, welcher unter „Besitz" lediglich die thatsächliche Gewalt versteht, im Falle der neg. gestio gar keine wahre Ratihabition, sondern in der That nur Manifestation des (eignen) animus possidendi möglich sein. Diese Manifestation könnte natürlich keine rückwirkende Kraft haben.

[292]) Vgl. zum Folgenden L. Seuffert, Ratihabition § 13.

[293]) Es ist klar, daß in allen solchen Fällen auch der Begriff der, von Ihering (Jahrbb. für Dogmatik Bd. 10 S. 387—580) so sehr betonten, Gebundenheit der Sache nicht ausreicht, m. a. W. der Hinweis darauf, daß durch die vom gestor Namens des Prinzipals geschehene Apprehension der Grund für den (künftigen) Besitzerwerb des Prinzipals

unſchädlich. Die Ratihabition entſcheidet, wie wir annehmen, daß der Prinzipal ſchon im Augenblick der vom neg. gestor vorgenommenen Apprehenſion das Beſitzrecht erworben hat; für dieſen Erwerb kommt in Betracht, ob die Erforderniſſe des Beſitzerwerbs im Augenblick der Apprehenſion vorgelegen, nicht, ob ſie nachher auch fortgedauert haben. In allen genannten und ähnlichen Fällen hat daher der Prinzipal von Anfang an Beſitz erworben. Freilich hat er dieſen Beſitz nachher (durch Unterſchlagung, Diebſtahl, Verlieren oder dergl.) eingebüßt. Allein er war doch eine Zeitlang Beſitzer; und Das hat praktiſche Bedeutung nicht nur für die Eigenthumsfrage (wovon ſogleich), ſondern auch bezüglich des Beſitzrechts als ſolchen. Denn die während der Dauer ſeines Beſitzes ſtattgefundenen Beſitzſtörungen resp. gewaltſame Beſitzentziehung ſind in der That Ihm geſchehen; Er hat alſo, vom Augenblick der Ratihabition an [203a]), wegen jener Vorkommniſſe die interdicta retinendae resp. das interdictum [204]) recuperandae possessionis.

Obgleich aber der Prinzipal durch die Ratihabition von Anfang an juriſtiſcher Beſitzer wird, ſo fängt doch die Uſukapion nicht ſofort an. Zwar wird Das durch keinen Quellenausſpruch direkt ſtatuirt, ergiebt ſich aber mit Nothwendigkeit daraus, daß beim Beſitzerwerb durch einen bevollmächtigten Stellvertreter die Uſukapion erſt im Augenblicke der Kenntniß des

---

gelegt ſei. Denn trotz dieſer Grundlage müßte, damit der Beſitz durch die ſpätere Ratihabition wirklich (ex nunc) entſtehen könnte, darauf geſehen werden, ob dieſer Entſtehung auch jetzt kein faktiſches Hinderniß im Wege ſteht.

[203a]) Vgl. oben III, 3. — Bis zur Ratihabition ſtehen ſie dem Tradenten zu, weil Dieſer vorläufig als Beſitzer zu behandeln iſt (Anm. 289). Hat ſie der Trabent zur Zeit der Ratihabition bereits durchgeführt, ſo kann er, durch condictio sine causa, Kontraktsklage oder dgl., gezwungen werden, das mittelſt jener Klagen Erlangte an den Ratihabenten herauszugeben.

[204]) Alſo das interdictum de vi. Das interdictum de precario halte ich (mit Jhering und Bruns) für nicht poſſeſſoriſch, ſondern für obligatoriſch. Es ſteht alſo dem Hingeber zu. Nach heutigem Recht iſt natürlich Stellvertretung in der Hingabe zuläſſig.

Prinzipals von dem geschehenen Erwerb beginnt[295]). Denn „da der Ratihabent nicht günstiger gestellt sein kann, als der Mandant“[296]), so müssen wir auch zum Beginn der Usukapion des durch einen negotiorum gestor vertretenen Prinzipals die Kenntniß des Letzteren erfordern, und zwar, wie beim Mandanten, spezielle Kenntniß des vorgenommenen Apprehensionsakts resp. der vorgenommenen Apprehensionsakte. Geschieht also die Ratihabition mit dieser speziellen Kenntniß, so läuft die Usukapion von nun an; geschieht die Ratihabition aber ohne jene spezielle Kenntniß[297]), so kann die Usukapion nicht einmal von der Ratihabition, sondern erst von dem Zeitpunkte der nachher erlangten speziellen Kenntniß an laufen.

2) Soferne vom Besitzerwerb der Eigenthumserwerb abhängt[298]), ist in allen Fällen, wo die Ratihabition des Besitzerwerbs nur von dem Standpunkte möglich ist, welcher ihr rückwirkende Kraft zuschreibt, durch diese rückwirkende Kraft auch die Möglichkeit der Ratihabition des Eigenthumserwerbs bedingt. Wer im Falle, daß nach der durch den neg. gestor geschehenen Apprehension, eine Veräußerung, ein Diebstahl oder dergl. erfolgt, die Ratihabition des Besitzerwerbs für wirkungslos erklären muß, Der muß ebendann dem Prinzipal auch die Möglichkeit absprechen, durch Ratihabition Eigenthum zu erlangen. Wir aber, die wir die Ratihabition entscheiden lassen, daß der Prinzipal von Anfang an Besitzer war, lassen sie hiermit auch entscheiden, daß er von Anfang an Eigenthümer war[299]). Und wenn auch durch jene Zwischenfälle der anfängliche Besitz des Prinzipals unterge-

---

[295]) L. 49 § 2 D. de poss. (41, 2), L. 47 D. de usurpp. (41, 3), L. 1 C. de poss. (7, 32).

[296]) Seuffert, Rat. S. 73.

[297]) Z. B. wenn eine universelle negotiorum gestio in Bausch und Bogen ratihabirt wird.

[298]) Also namentlich bei der Tradition. Vgl. L. 20 § 2 D. de A. R. D. (41, 1): «— — — quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.»

[299]) Natürlich unter Voraussetzung der allgemeinen für den Eigenthumserwerb bestehenden Requisite.

gangen ist, so geht damit doch das erworbene Eigenthum des Prinzipals natürlich nicht unter.

3) Bei jedem Eigenthumserwerb [300]) durch einen stellvertretenden negotiorum gestor ist die Rückwirkungsfrage in folgenden Beziehungen wichtig.

a) Wenn der Prinzipal in der Zwischenzeit zwischen dem vom gestor resp. dem gestor gegenüber vorgenommenen Akte und der Ratihabition eine dingliche Verfügung über die Sache trifft [300a]), so muß vom Standpunkte der Nichtrückwirkung der Ratihabition behauptet werden, daß diese Verfügung wirkungslos ist und bleibt, obgleich der Prinzipal die neg. gestio später ratihabirt. Denn er wäre ja trotz dieser Ratihabition im Augenblick der eignen Verfügung noch nicht Eigenthümer gewesen; der erst nachherige Eigenthumserwerb aber brächte jene Verfügung nicht zur Konvaleszenz [301]). Wirkt aber die Ratihabition, wie wir annehmen, zurück, m. a. W., entscheidet sie, daß der Prinzipal vom Momente des vom gestor resp. dem gestor gegenüber vorgenommenen Aktes an Eigenthümer gewesen ist, so entscheidet sie hiermit zugleich, daß er die in jener Zwischenzeit getroffene Verfügung, als Eigenthümer, mit rechtlicher Wirkung getroffen hat [302]).

b) Wenn in jener Zwischenzeit in der Sache ein Schatz gefunden wird, so hat an der auf den Eigenthümer des Fund-

---

[300]) Also nicht blos vermittelst Tradition und Okkupation, sondern auch vermittelst Adjudikation, impetratio dominii, u. s. w.

[300a]) Natürlich ist nur der Fall gemeint, daß der Prinzipal die Verfügung trifft, ohne Kenntniß von jenem Akte zu haben; denn andernfalls läge in der Verfügung zugleich eine Ratihabition.

[301]) Es käme hier der Satz «Quod ab initio vitiosum est pp.» zur Anwendung, wie sich unzweifelhaft aus L. 11 § 9 D. de donn. int. v. et ux. (24, 1) ergiebt, welche Stelle einen dem unsern analogen Fall behandelt: «Si uxor rem, quam a marito mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit — — — —.»

[302]) Die (analoge) L. 11 § 9 cit. fährt fort: «Plane in quibus casibus placeat retro agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur.»

orts fallenden Hälfte nach der Nichtrückwirkungs-Theorie der Gegenpart des Prinzipals (der Tradent u. s. w.) [303]), nach unsrer Ansicht aber der Ratihabent das Eigenthum erworben [304]).

c) Das Eigenthum an den in der Zwischenzeit separirten Früchten erwirbt nach der jenseitigen Ansicht der Gegner des Prinzipals; denn Letzterer war inzwischen weder Eigenthümer noch (bonae fidei) possessor der fruchttragenden Sache. Höchstens verpflichtet wäre also der Gegner, dem Ratihabenten das Eigenthum der inzwischen separirten Früchte zu überliefern. (Vgl. Anm. 304.) Nach der diesseitigen Ansicht aber entscheidet die Ratihabition, daß der Prinzipal schon im Momente des vom gestor resp. dem gestor gegenüber vorgenommenen Aktes (Okkupation, Tradition, Adjudikation pp.) Eigenthümer der fruchttragenden Sache, folglich auch, im Momente der Separation, der Früchte geworden ist; er kann sie also von Jedermann vindiziren.

d) Wenn in der Zwischenzeit die Sache gestohlen, vernichtet oder beschädigt wird, so steht allerdings auch nach unserer Ansicht in dieser Zwischenzeit die condictio furtiva resp. die actio legis Aquiliae entschieden dem Gegner zu; denn Ansprüche können nicht schweben. Allein das aus jenen Delikten entspringende Obligationsverhältniß an sich ist in der That zwischen Prinzipal und Gegner in der Schwebe. Obgleich also

---

[303]) Im Falle der Okkupation (des Fundorts) durch den gestor würde der Finder den Schatz ganz erwerben, da der Fundort zur Zeit des Fundes noch eine (entschieden) herrenlose Sache gewesen wäre.

[304]) Bezüglich des (kontroversen) juristischen modus des Schatzerwerbs bekenne ich mich zu der Ansicht, daß der Eigenthumserwerb sich zu Gunsten der jeweilig schatzberechtigten Person resp. Personen unmittelbar durch das Finden vollzieht. (Vgl. Gmmérthal im Archiv für die zivil. Praxis Bd. 51 S. 63—82.) — Es soll nicht geleugnet werden, daß vom Standpunkt der gegnerischen Ansicht möglicherweise eine Verpflichtung des Tradenten u. s. w. besteht, die betreffende Schatzhälfte an den Ratihabenten herauszugeben (z. B. eine Verpflichtung auf Grund Kaufes). Daß aber diese Verpflichtung dem Ratihabenten nicht so energisch hilft, wie die Vindikationsmöglichkeit, bedarf keiner Erläuterung.

der Gegner vorläufig (fortwährend als Eigenthümer der Sache, und folglich auch) als Subjekt des durch furtum resp. damnum injuria datum erzeugten Obligationsverhältnisses behandelt wird, d. h. eben: obgleich er die kraft deſſelben erhebbaren Anſprüche (wirklich) hat, ſo entſcheidet ſich doch durch die Ratihabition, daß wahres Subjekt jenes Obligationsverhältniſſes der Prinzipal geweſen iſt. Daher hat Er von nun an jene Anſprüche; ſollte ſie der Gegner in der Zwiſchenzeit ſchon durchgeführt haben, ſo könnte er mit condictio sine causa (oder andern Klagen) genöthigt werden, das Eingetriebene herauszugeben. Nach der jenſeitigen Theorie dagegen, welche dem Gegner des Prinzipals für die Zwiſchenzeit entſchiedenes Eigenthum zuſchreibt, iſt Derſelbe auch entſchieden Subjekt des durch furtum oder damnum inj. dat. erzeugten Obligationsverhältniſſes. Folglich bliebe die cond. furtiva resp. act. legis Aq. auch nach geſchehener Ratihabition jedenfalls an und für ſich bei ihm. Und da er dieſe Anſprüche kraft ſeines wahren Eigenthums erworben hätte, ſo könnte keinenfalls eine condictio sine causa auf Zeſſion jener Anſprüche resp., im Falle ſchon erfolgter Befriedigung derſelben, auf Herausgabe des Eingetriebenen platzgreifen. Solche Zeſſion resp. Herausgabe könnte vielmehr nur, unter Umſtänden, mittelſt etwaiger Kontraktsklage erzwungen werden.

4) Hat der gestor im Namen des Prinzipals eine Quantität von Fungibilien verſprochen (z. B. durch Kauf, durch Empfang eines Darlehens), und dabei Verzinſung verabredet, ſo entſcheidet ſich durch die Ratihabition, daß die Zinſenobligation von Anfang an vorhanden war — grade wie daß die Kapitalſchuld von Anfang an beſtand. Was insbeſondre den Kauf angeht, ſo entſcheidet die Ratihabition, wenn kein Zinsvertrag geſchloſſen worden iſt, daß vom Momente der Uebergabe der Sache an geſetzliche Zinspflicht entſtanden iſt. — Die jenſeitige Anſicht müßte jedenfalls prima fronte zu gegentheiligen Reſultaten gelangen. Denn da die Hauptobligation erſt mit der Ratihabition entſtünde, ſo könnte vorher auch von keinerlei Zinspflicht die Rede ſein. Indeſſen wäre nach jener Anſicht allerdings möglich, die Ratihabition in dem Sinne aufzufaſſen, daß der Prinzipal durch dieſelbe verſpricht, ſich ſo behan-

deln zu lassen, als ob die Haupt- und damit die Zinsenobligation von Anfang an bestanden hätte [305]).

Dies leitet uns über zu

VI. den Fragen, für welche diejenige Entscheidung, welche man glaubt nur aus einer Rückwirkung der Ratihabition entnehmen zu können, bei näherer Ueberlegung ganz offenbar auch ohne Annahme einer Rückwirkung gefällt werden muß.

Zu diesen Fragen rechne ich namentlich die beiden folgenden, bei welchen L. Seuffert [306]) mit Rückwirkung operiren zu müssen glaubt.

1) Wenn der vom gestor und dem Dritten geschlossene Vertrag über einen Komplex bestehender Rechte (z. B. über ein gegenwärtiges Vermögen) verfügt [307]), so werden von dieser Verfügung und der erfolgenden Ratihabition diejenigen Rechte, welche jenen Komplex inzwischen vermehrt haben, natürlich nicht ergriffen. Wenn der gestor z. B. im Namen des Prinzipals einem Dritten ein Pfandrecht am ganzen gegenwärtigen Vermögen des Prinzipals bestellt, und Letzterer ratihabirt, nachdem inzwischen sein Vermögen größer geworden ist, so werden natürlich nur die schon im Anfang vorhandenen Vermögensstücke vom Pfandrechte bestrickt. Diese Entscheidung muß gleichmäßig gefällt werden, auch wenn man der Ratihabition keine rückwirkende Kraft zuschreibt. Denn auch Wer durch die Ratihabition das vom gestor vorgenommene Rechtsgeschäft nur ex nunc konvalesziren läßt, kann ihr doch unmöglich die Fähigkeit und den Willen beilegen, mehr Rechtsverhältnisse zur Existenz zu bringen, als es die Vertragsschließenden wollten [308]). — Umgekehrt: hat der gestor sich im

---

[305]) Aehnlich steht die Sache, wenn der gestor im Namen des Prinzipals eine fruchttragende Sache verkauft hat. Hier werden beide Ansichten dem Käufer mindestens einen obligatorischen Anspruch auf die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte zuerkennen müssen.

[306]) Ratihabition S. 70.

[307]) Vgl. Seuffert a. a. O. Nr. 1.

[308]) Die obige Entscheidung ergäbe sich sogar von dem Standpunkte, welcher in der Ratihabition gar keine bloße Bestätigung, sondern die Acceptation eines vom Dritten gestellten Vertragsanerbietens (hier: die Acceptation von Pfanderwerbs-Offerten) sieht. Der Prinzipal könnte ja doch nicht mehr acceptiren als ihm offerirt worden ist.

Namen des Prinzipals ein Pfandrecht am ganzen gegenwärtigen Vermögen des Dritten bestellen lassen, so ergreift weder diese Bestellung noch die Ratihabition dasjenige Vermögen, welches der Dritte in der Zwischenzeit erworben hat. Auch diese Entscheidung ist unabhängig von der Stellung, die man zur Rückwirkungs-Frage einnimmt.

2) Wenn der gestor mehrmals über dasselbe Objekt verfügt hat, und der Prinzipal genehmigt hinterher die Geschäftsführung in Bausch und Bogen, so bestimmt sich der Rang der durch jene Verfügungen begründeten Rechte nach der Reihenfolge der Verfügungen[309]). Daß auch dieser Punkt unabhängig von der Rückwirkung der Ratihabition ist, wird durch Ein Beispiel klar werden. Hat der gestor im Namen des Prinzipals Dessen Grundstück erst dem A, dann dem B, dann dem C verpfändet, und es erfolgt Ratihabition der Geschäftsführung als solcher, so rangiren die drei Pfandrechte jedenfalls nach Maßgabe der Reihenfolge der Verpfändungsakte. Nach unserer Ansicht, weil nunmehr entschieden ist, daß die Pfandrechte sofort im Momente ihrer Bestellung existent geworden sind. Nach der jenseitigen Ansicht, weil alle drei Pfandrechte zwar erst im Momente der Ratihabition zur Existenz gelangt sind, allein der Prinzipal, indem er die Geschäftsführung als solche genehmigt, also ihre sämmtlichen Tendenzen billigt, damit auch die vom gestor getroffene Rangbestimmung, m. a. W. die von ihm getroffene Festsetzung der Pfandstellen ratihabirt[310]).

VII. Ob und inwieweit die Rückwirkung in noch andern als in den sub V genannten Beziehungen von praktischer Bedeutung, und in noch andern als in den sub VI genannten Beziehungen ohne praktische Bedeutung ist, wird sich im folgenden Kapitel zeigen.

---

[309]) Vgl. Seuffert a. a. O. Nr. 2.

[310]) Von dem in Anm. 308 bezeichneten Standpunkte müßte gesagt werden, daß der Prinzipal, indem er die Geschäftsführung als solche billigt, damit die drei Pfanderwerbs-Offerten des A, B und C mit der Maßgabe acceptirt, daß A die erste, B die zweite, C die dritte Pfandstelle haben solle.

Drittes Kapitel.

Einfluß von Zwischenfällen auf die Möglichkeit gültiger Ratihabition.

§ 13. Einleitung.

I. Die juristische Situation, welche durch das vom stellvertretenden negotiorum gestor vorgenommene Rechtsgeschäft als solches hervorgebracht wird — also diejenige Situation, welche wir im § 7 zu untersuchen begonnen haben — steht nunmehr in allen ihren Grundzügen vor unseren Augen. Wir dürfen dieselbe jetzt dahin zusammenfassen:

1) Das prinzipale, die (endliche) rechtliche Wirkung beabsichtigende Rechtsgeschäft ist vollständig abgeschlossen, und damit der Grund für diese Wirkung gelegt (s. § 7).

2) Und zwar ist der Grund für diese (endliche) Wirkung als jetzige, nicht als blos künftige gelegt [311]) (s. §§ 11 und 12). Es ist m. a. W. vor der Hand noch rechtlich unentschieden, ob diese Wirkung sofort eingetreten oder nicht eingetreten ist.

3) Die, das Eingetretensein derselben entscheidende, Ratihabition ist zwar ein blos einseitiger, und ein blos accessorischer Willensakt, immerhin aber ein Willensakt. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied von dem Eintritte einer Parteibedingung. Der letztere bringt die von ihm abhängige Wirkung bewußtlos hervor; die Ratihabition aber ist ein bewußter, seinem Wesen nach auf die Wirkung gerichteter Vorgang, ein

---

[311]) Mit Fitting'schem Ausdrucke: Es ist von der Ratihabition keine bloße Vorwirkung, sondern Rückwirkung zu gewärtigen — mit Köppen'schem Ausdrucke: nicht blos das künftige, sondern das gegenwärtige Rechtsverhältniß ist in pendenti.

Rechtsgeschäft, und kommen dabei also alle Erfordernisse in Betracht, welche für die Vornahme gültiger Rechtsgeschäfte überhaupt bestehen (s. § 8).

4) Die durch das vom gestor vorgenommene Hauptgeschäft dem Prinzipal erwachsene Fähigkeit zur Ratihabition betrachten die Römer als eine positive Befugniß des Prinzipals (s. § 7).

II. Nunmehr erst halten wir uns für genügend gerüstet, um den in der Ueberschrift dieses Kapitels angedeuteten Fragen entgegentreten zu können. Ob und inwiefern gültige Ratihabition durch Zwischenfälle, die sich nach Abschluß des Hauptgeschäfts ereignen, vereitelt werde, gehört zu den schwierigsten und bestrittensten Punkten in der ganzen Ratihabitionslehre. Doch glauben wir uns durch Feststellung der sub I aufgezählten Punkte den dornenvollen, nunmehr zu beschreitenden, Weg einigermaßen gebahnt zu haben.

Die im Folgenden in Betracht gezogenen Zwischenfälle sind:

1) Tod (§ 14).

2) Verlust der Handlungsfähigkeit (durch Eintritt von Geisteskrankheit) oder der selbstständigen Wirkungsfähigkeit (durch Eintritt von Konkurs, Prodigalitätserklärung oder Arrogation). (§ 15.)

3) Verlust der konkreten Dispositionsbefugniß (§ 16); eine besonders eingehende Betrachtung erheischt hier der Fall der Verjährung (§§ 17 und 18).

4) Rücktritt (§ 19).

§ 14. Tod.

I. Daß durch den nach Abschluß des Hauptgeschäfts, aber vor geschehener Ratihabition erfolgten Tod des gestor dieselbe nicht vereitelt wird, darf h. z. T. als feststehend betrachtet werden. In der That ist die Richtigkeit des Satzes unzweifelhaft, mag man der Ratihabition rückwirkende Kraft beilegen oder nicht. Denn jedenfalls hat der gestor durch Vornahme des Hauptgeschäfts die (endliche) Wirkung desselben für den Fall der Ratihabition begründet; er hat hiermit Alles gethan, Was von seiner

Seite für diese Wirkung geschehen konnte. Die von ihm (sofort) geschaffene rechtliche Situation ändert sich durch seinen Tod nicht im Geringsten; es bleibt dabei, daß durch Eintritt der Rechtsbedingung der Ratihabition die vom gestor erstrebte Wirkung (sei es rück- oder blos nach vorwärts) zu Stande kommt.

Zum Ueberfluß haben wir in L. 24 § 1 D. rat. rem hab. (46, 8) eine positive Bestätigung des in Rede stehenden Satzes.

II. Ebenso muß zweifelsohne der in jener Zwischenzeit erfolgte Tod des Dritten, mit dem der gestor kontrahirt hat, als für die Ratihabitionsmöglichkeit unschädlich bezeichnet werden. Die Gründe hiefür sind denjenigen sub I im Allgemeinen völlig analog. Auch der Dritte hat bereits Alles gethan, Was von seiner Seite für den Enderfolg geschehen konnte. Der einzige Unterschied vom Falle I ist der, daß jetzt eine derjenigen Personen stirbt, für welche eine (günstige oder ungünstige) rechtliche Wirkung erstrebt worden ist. Allein daß die Aussicht auf diese Wirkung eine vererbliche ist, darf, in Erwägung der Vererblichkeit der mit einer Parteibedingung behafteten rechtlichen Wirkungen, nicht bezweifelt werden — man mag Rückwirkung annehmen oder nicht.

III. Nicht so fest steht, ob auch der in jener Zwischenzeit erfolgte Tod des Vertretenen für die Ratihabitionsmöglichkeit unschädlich ist, m. a. W. ob die Erben des Vertretenen ratihabiren können? [312])

Unleugbar führt die Analogie des mit einer Parteibedingung behafteten Rechtsgeschäfts (vgl. oben § 7), wenn man diese Analogie ohne Weiteres anwendet, zur Verneinung der vorstehenden Frage [313]).

Der Eintritt einer Parteibedingung ist von den Parteien als ein rein objektives Ereigniß gesetzt worden, welches daher

---

[312]) Vgl. die Literaturnachweisungen bei Windscheid, Pand. § 74 Anm. 4 a. E. Beizufügen ist: Curtius, Archiv für zivil. Praxis Bd. 58 S. 107.

[313]) Vgl. Seuffert, Ratihabition S. 27, Anm. 12, Abs. 1.

im Zweifel grade so eintreten muß, wie es die Parteien gesetzt haben, ein irgendwie anders geartetes Ereigniß darf nur dann als aequipollent behandelt werden, wenn im konkreten Fall nachweisbar ist, daß diese Behandlung dem Parteiwillen entspricht. Ist also insbesondere ein Geschäft unter der Bedingung abgeschlossen worden, daß ein Dritter eine gewisse Handlung (z. B. Billigung) vornimmt, überhaupt daß in der Person eines Dritten sich ein gewisses, positives oder negatives, Ereigniß vollzieht, so muß sich dieses (im Zweifel) grade in seiner Person vollziehen; es genügt nicht, wenn es erst in der Person seiner Erben eintritt [314]).

Betrachtet man also die Ratihabition als ein eben solches rein objektives Ereigniß, wie das als Parteibedingung gesetzte, so kommt man zum Resultate, daß die Erben des Prinzipals nicht ratihabiren können; grade von der Ratihabition ihres Erblassers hätte die Rechtsordnung die Existenz der rechtlichen Wirkung abhängig gemacht.

Anders, wenn man erwägt, daß die Ratihabition ein nicht blos mechanisch, sondern mit Wissen und Willen wirkender Akt ist, wodurch der Prinzipal ein in seinem Namen vorgenommenes Geschäft gutheißt. Denn da Vornahme in Seinem Namen eigentlich nur Ihm, dem Prinzipal zukommt, so liegt es sehr nahe, die Entscheidung darüber, ob ein von einem vollmachtlosen Stellvertreter abgeschlossenes Geschäft rechtliche Wirkung habe oder nicht habe, als ein eigenthümliches Recht des Prinzipals aufzufassen. Der Stellvertreter hat durch seine Handlung in die Dispositionssphäre des Prinzipals eingegriffen; da erscheint es nicht unnatürlich, daß der Letztere eine rechtliche Befugniß hat, sein Urtheil über solchen Eingriff abzugeben. Daß aber die Römer wirklich von dieser Anschauung ausgehen, ist mehrfach ersichtlich [315]).

---

[314]) Vgl. L. ult. C. de contr. emt. (4, 38): „— — — — — Sin autem vel ipse noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto — — — —“.

[315]) S. z. B. L. 23 (M.) D. de N. G. (3, 5): „— — — — potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam

Dieſe Anſchauung muß entſchieden zur Möglichkeit, daß auch die Erben ratihabiren können, führen. Iſt die Möglichkeit der Ratihabition oder Reprobation ein durch die Handlung des Stellvertreters (ſofort) erworbenes Recht des Prinzipals, ſo iſt kein triftiger Grund abzuſehen, warum dieſes Recht nicht vererblich ſein ſoll [316]). Ueberall alſo, wo der Vererblichkeit der Ratihabitions- und resp. Reprobationsbefugniß keine beſondren Gründe entgegenſtehen, dürfen wir erwarten, daß die Römer dieſe Vererblichkeit anerkennen.

Und dieſe Erwartung beſtätigt ſich vollkommen.

1) Ganz unbefangen wird die Möglichkeit, daß die Erben ratihabiren, unterſtellt in L. 18 D. rat. rem hab. (46, 8) [317]).

Die Beweiskraft dieſer Stelle iſt freilich von Regelsberger (krit. Vierteljahrsſchrift Bd. 11 S. 367) beſtritten worden. „Die Stelle handelt", ſagt er, „von der Prozeßkaution, welche ein Prokurator der Klagspartei zu ſtellen hat. Daß dieſe auch auf die Genehmigung durch den Erben erſtreckt wird, hat

---

suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit — —»; L. 65 § 8 D. pro socio (17, 2): «— — — esse in potestate domini, cum procuratori ejus renuntiatum est, an vellit ratam habere renuntiationem — —».

[316]) Ob man Rückwirkung der Ratihabition ſtatuirt oder nicht, iſt bezüglich unſrer Frage gleichgültig. Vom Nichtrückwirkungsſtandtpunkte betrachtet, entſcheiden die Erben, daß die rechtliche Wirkung in ihrer Perſon jetzt zu Stande kommt; vom Rückwirkungsſtandpunkte betrachtet, entſcheiden ſie, daß die Wirkung ſchon in der Perſon des Erblaſſers, und zwar im Momente des Hauptgeſchäfts, zu Stande gekommen iſt. — Die Idee, daß jedes Wahlrecht ein rein perſönliches Recht ſei (cf. Seuffert, Ratihabition S. 27 [im Text]), iſt, wie mir ſcheint, ein bloßes Vorurtheil, entſtanden im Hinblick auf die Unvererblichkeit des Rechts, eine Erbſchaft anzutreten. Es genügt jener Idee gegenüber der Hinweis darauf, daß das Wahlrecht des Legatars, wenn er post diem cedentem ſtirbt, unzweifelhaft auf ſeine Erben übergeht. (Ein Wahlrecht hat der Legatar jedenfalls, mag man den vor Ausübung deſſelben beſtehenden Zuſtand auffaſſen wie man wolle.)

[317]) «Si procurator ratam rem dominum heredemve ejus habiturum caverit et unus ex heredibus domini ratum habeat, alter non habeat pp.» — Wegen L. 4 § 1 D. de V. O. (45, 1) ſ. oben § 9.

einen sehr einfachen Grund. Der Erbe rückt in das den Gegenstand des Prozesses bildende materielle Rechtsverhältniß ein. Da begreift sich, daß auch er ein Wort darein zu sprechen hat, ob der Prokurator den Prozeß mit einer für ihn verpflichtenden Kraft führen kann. Diese Entscheidung kann für unsere Frage nicht verwerthet werden, weil das Genehmigungsrecht des Erben nicht eins ist mit dem des Erblassers." Hiegegen ist nun aber zu bemerken: a) der Umstand, daß die Erben in das den Gegenstand des Prozesses bildende Eigenthum, Obligationsverhältniß u. s. w. einrücken, macht sehr wohl begreiflich, daß zur Konsumtion der kraft dieser Rechtsverhältnisse erhobenen Ansprüche die Genehmigung der Erben nothwendig ist, wenn nach dem Tode des, ohne ratihabirt zu haben verstorbenen, Erblassers die Konsumtion überhaupt noch bewerkstelligt werden kann. Die Möglichkeit dieser Bewerkstelligung versteht sich aber darum, weil die Erben in das materielle, das Prozeßobjekt bildende, Rechtsverhältniß eintreten, noch keineswegs von selbst. Denn während dieses Rechtsverhältniß ein schon völlig perfektes, darum zweifellos vererbliches ist, so ist die (anspruchsverzehrende) Wirkung der Litiskontestation eine noch unentschiedene, von der Ratihabition des Vertretenen abhängige. Es wäre also an und für sich sehr wohl denkbar, daß die Römer diese Pendenz mit dem Tode des Vertretenen untergehen ließen. b) Wenn sie nun aber diese Pendenz nach dem Tode des Erblassers fortdauern lassen, m. a. W. auch seinen Erben die Ratihabitions- und resp. Reprobationsmöglichkeit gewähren, so beruht Das auf ihrer Auffassung des Pendenzverhältnisses als solchen. Daher ist nicht abzusehen, warum jener Rechtssatz beschränkt sein soll auf diejenigen Fälle, wo der Stellvertreter ein in der Person des Prinzipals schon bestehendes Rechtsverhältniß aufzuheben oder zu verändern gedachte — warum es nicht grade so gut dann gelten soll, wenn der Stellvertreter in der Person des Vertretenen nur ein Rechtsverhältniß zur Entstehung bringen wollte, z. B. einen obligatorischen Vertrag im Namen des Prinzipals schloß. Die Möglichkeit der Ratihabition resp. Reprobation ist nach römischer Auffassung ein Recht des Prinzipals, und zwar insofern ein selbstständiges Recht, als es der Anlehnung an ein anderes,

ſchon beſtehendes Recht keineswegs abſolut bedarf, auch nicht in der Perſon der Erben. c) Ein ſolches Anlehnungsbedürfniß wäre bei den Erben nur dann vorhanden, wenn die Ratihabitionsbefugniß derſelben eine neue, von der erblafferiſchen verſchiedne wäre: eine ganz neue Ratihabitionsbefugniß, nach Untergang der erblafferiſchen, wäre nicht wohl zu begreifen, wenn ſie nicht kraft eines anderen, auf die Erben übergegangenen Rechtsverhältniſſes (Eigenthum, Obligationsverhältniß oder dergl.) exiſtiren würde. Allein die Idee, daß das Genehmigungsrecht der Erben ein neues ſei, iſt meines Erachtens entſchieden irrig. Denn auch in den Fällen, wo ſich das Genehmigungsrecht an ein anderes Recht anlehnt, wäre es höchſt auffallend, wenn das vom Stellvertreter geſchloſſene Geſchäft Perſonen, in deren Namen er gar nicht gehandelt hat, ein beſonderes, d. h. nicht vom Erblaſſer abzuleitendes, Genehmigungsrecht verſchaffen würde. Vielmehr beſteht nur Ein Genehmigungsrecht, nämlich das des Erblaſſers; dieſes Recht geht mit ſeinem Tode auf ſeine Erben über. Hiernach iſt aber nicht einzuſehen, warum die Vererblichkeit vorausſetzen ſoll, daß der Erbe zugleich in ein andres, vom Stellvertreter beim Geſchäftsabſchluß in Bezug genommenes Rechtsverhältniß ſuccedire.

2) Vgl. ferner

Arg. L. 7 D. rat. rem hab.:

> «Si is, cui ignoranti petita est bonorum possessio, decesserit, heres ejus intra tempora petitionis ratam eam habere non potest.» [318])

Daß Paulus dieſe Entſcheidung grade für die bonorum possessio giebt, wäre Zufall vielleicht dann, wenn ſie bei Gelegenheit eines konkreten Prozeſſes gegeben worden wäre. Allein ſie iſt enthalten in Paulus' sententiae, und bei dem Charakter dieſes Werks [319]) iſt von jedem Satze deſſelben zu erwarten, daß er mit vollem Bewußtſein von der Tragweite deſſelben aufgeſtellt

---

[318]) Vgl. auch L. 86 pr. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2).

[319]) Vgl. Rudorff, röm. Rechtsgeſchichte Bd. 1 S. 192, 193.

worden ist. Paulus will also den obigen Ausspruch nur für solche Fälle statuiren, wo die Möglichkeit, die Haupthandlung wirksam vorzunehmen, eine höchstpersönliche ist: weil der Erbe des Delaten die bonorum possessio nicht nachsuchen kann, soll er auch die bereits geschehene Nachsuchung nicht ratihabiren können. Ueberall also, wo ein derartiges Bedenken nicht im Wege steht, wo m. a. W. die Erben zur wirksamen Haupthandlung grade so fähig sind, wie der Erblasser, ist es ganz unbedenklich, daß sie auch grade so gut ratihabiren können wie derselbe — gleichgültig ob sie in ein, die Ratihabitionsberechtigung bedingendes, anderweitiges Rechtsverhältniß succediren (wie in die vom gestor beigetriebene Forderung, in den vom gestor eingeklagten Anspruch) oder ob von solchem Rechtsverhältniß keine Rede ist, wie z. B. wenn der gestor einen obligatorischen Vertrag geschlossen, oder eine Okkupation vorgenommen hat).

3) Weiter dürfen wir uns berufen auf zwei Stellen, welche in unsrer Frage, wie es scheint, übersehen zu werden pflegen.

Die eine ist die L. 22 § 6 D. rat. rem hab.:

> «Si procuratori ejus, qui mortuus erat, sine judice soluta fuerint legata, stipulatio committetur, nisi heres ratum habuerit, utique si debita fuerint: tunc enim non dubie interest stipulatoris ratam solutionem ab herede haberi, ne bis eadem praestet.»

Daß der Erbe des Prinzipals die Erfüllungsannahme gültig ratihabiren kann, wird von Julian gar nicht bezweifelt — gleichgültig ob eine wirkliche oder eine Nichtschuld eingetrieben ist; nur die Frage beschäftigt ihn, ob die stipulatio de rato fällig wird, wenn der Erbe nicht ratihabirt. Diese Frage wird bejaht, und zwar jedenfalls (utique) dann, wenn eine wirkliche Schuld eingetrieben wurde — wo das Interesse des Erfüllers freilich handgreiflich ist. Für den Fall der Nichtschuld wird von Julian bezweifelt, daß die bloße Versagung der Ratihabition die Fälligkeit der Stipulation bewirkt: offenbar deshalb, weil nicht zu besorgen steht, daß der Vertretene eine Nichtschuld bei-

zutreiben suchen werde [320]). Daß der Erbe den Einzug auch des indebitum ratihabiren kann, wird, wie gesagt, gar nicht in Zweifel gezogen: gewiß ein Fall, wo die Genehmigungsbefugniß unabhängig von einem anderweitigen vererbten Rechte auf den Erben übergeht; durch die Ratihabition werden lediglich neue Rechte erzeugt: für den Erben das Eigenthum an den geleisteten Objekten (und die actio negotiorum gestorum), gegen den Erben die condictio indebiti (cf. das pr. der Stelle, in fine). — [320a])

Die andre Stelle ist die L. 58 § 1 D. de soll. (46, 3):

> «Si creditor, cujus ignorantis procuratori solutum est, arrogandum se dederit, sive ratum habuit pater, rata solutio est, sive non habuit, repetere debitor potest.»

Diese Stelle spricht zwar nicht vom Tode des Vertretenen, aber doch (vom Standpunkt des Verfassers) von einem Falle der (aktiven) Universalsuccession. Darum kann sie zu weiterer Festigung unsrer Ansicht getrost verwerthet werden [321]).

Indem wir uns also mit Entschiedenheit für die Vererblichkeit der Ratihabition erklären, versteht es sich, daß wir eine Ausnahme nicht nur, wie schon bemerkt, dann machen müssen,

---

[320]) Daß die Stipulation aber, falls solche Beitreibung wirklich in Scene gesetzt wird, in der That auch hier fällig wird, ergiebt sich aus dem principium der Stelle.

[320a]) Unsre Stelle spricht allerdings von dem Falle, daß der Erblasser im Augenblicke des Schuldeinzugs schon todt ist. Wenn sie aber sogar in diesem Falle, wo doch eigentlich ein völlig wirkungsloser Akt — Vertretung eines Todten! — vorzuliegen scheint, die Ratihabition des Erben zuläßt, so würde sie dieselbe ganz gewiß um so mehr in unserm Falle zugelassen haben, also dann, wenn der Erblasser im Augenblick des Schuldeinzugs noch lebte, also in seiner Person ein Ratihabitionsrecht wirklich begründet worden ist.

[321]) Vom Standpunkte Regelsberger's würde die Bedeutung der Stelle sich natürlich vermindern, da der pater arrogans hier in ein die Ratihabitionsmöglichkeit bedingendes anderweitiges Recht, die Forderung, succedirt.

wenn die Fähigkeit, die Haupthandlung wirksam vorzunehmen, eine höchstpersönliche ist, sondern auch dann, wenn das vom gestor vorgenommene Rechtsgeschäft die Ratihabitionsbefugniß, ausdrücklich oder stillschweigend, auf den gegenwärtigen Prinzipal beschränkt hat; denn es können aus jenem Rechtsgeschäfte „keine stärkeren Wirkungen erwachsen, als sie durch dessen Urheber erklärter Maßen beabsichtigt wurden“ [322]).

§ 15. Verlust der Handlungs- oder der selbstständigen Wirkungsfähigkeit [323]).

I. Wenn ein solches Ereigniß in der Person des gestor eintritt, so kann dadurch die Ratihabitionsmöglichkeit so wenig vereitelt werden, wie durch seinen Tod. Mag er sterben, mag er wahnsinnig werden, mag er, in Folge von Konkurs, Prodigalitätserklärung, Arrogation oder dergl., in die Lage kommen, daß, wenn er nunmehr ein Geschäft von der Art des Namens des Prinzipals vorgenommenen abschlösse, zur rechtlichen Wirkung desselben die Zustimmung einer gewissen dritten Person erfordert wäre — alle diese Ereignisse berühren die vom gestor geschaffene Situation nicht im Geringsten; er hat ja dem Prinzipal die unverkümmerbare Macht, durch Ratihabition die von ihm, dem gestor, angebahnte Wirkung in's Leben zu rufen [324]), bereits geschaffen. [325])

---

[322]) Regelsberger, kr. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 371.

[323]) Wegen dieses Ausdrucks s. oben Anm. 31.

[324]) Sei es ex nunc oder ex tunc.

[325]) Wenn der gestor nur die selbstständige Wirkungsfähigkeit verliert (m. a. W. nur konsensbedürftig wird), so muß sogar behauptet werden, daß dieser Umstand nur Das zur Folge hat, daß der gestor von nun an zum wirksamen Abschlusse der betreffenden Geschäfte im eignen Namen, nicht bezüglich der Stellvertretung in solchen, der Zustimmung der Konkursgläubiger, des Vormundes pp. bedürftig ist. (Vgl. Laband, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 10 S. 226—229.) Der Verlust der Handlungsfähigkeit dagegen beraubt ihn (von nun an) natürlich nicht nur der Fähigkeit, in eigenem, sondern auch der, in fremdem Namen zu handeln.

Für den Fall des Wahnsinnigwerdens des Gestors besitzen wir, in L. 24 § 1 D. rat. rem hab., sogar einen klaren Quellenausspruch.

II. Tritt Wahnsinn oder Verlust der selbstständigen Wirkungsfähigkeit in der Person des dritten Kontrahenten ein, so schadet auch Das der Ratihabitionsmöglichkeit Nichts. Auch Er hat das Seinige gethan, Was zur Begründung dieser Möglichkeit erfordert war; durch das mit dem gestor geschlossene Rechtsgeschäft hat er für die von der Ratihabition abhängigen rechtlichen Wirkungen — für die ihm ungünstigen sowohl wie für die ihm günstigen — den Grund bereits gelegt. Es hindert also z. B. die Ratihabition nicht, wenn der Dritte, der vom gestor auf Kredit gekauft hat, gerichtlich als Verschwender erklärt wird — wenn der Dritte, der an den gestor eine Sache veräußerte, oder ein Gelddarlehen von Demselben aufnahm, sich arrogiren läßt — oder wenn der Dritte, der an den gestor veräußerte, in Konkurs fällt [336]).

III. Wenn dagegen ein in der Ueberschrift bezeichnetes Ereigniß in der Person des Prinzipals eintritt, so muß maßgebend die Erwägung sein, daß die Ratihabition ein dispositiver, bewußter Willensakt ist, der also den allgemeinen Erforderniſſen die an solche Akte gestellt werden, entsprechen muß.

Wird also der Prinzipal

1) wahnsinnig, so kann Er keinenfalls ratihabiren. Daß aber sein Kurator in seinem Namen ratihabiren kann, ist für das heutige Recht, welches ja Stellvertretung bei — ein-

---

[336]) Es versteht sich, daß überall, wo dem Dritten vom gestor kreditirt worden ist, der Eintritt des Konkurses die Folge hat, daß der Prinzipal durch seine Ratihabition Konkursgläubiger wird; daran ändert Nichts der Umstand, daß die Ratihabition, kraft ihrer rückwirkenden Macht, entscheidet, daß der Prinzipal Gläubiger des Dritten von Anfang an, also bis zum Ausbruch des Konkurses freilich nicht Konkursgläubiger war. — Ein Vorzugsrecht des Prinzipals vor Solchen, welche dem Dritten zwischen dem vom gestor geschlossenen Geschäft und dem Ausbruch des Konkurses kreditirt haben, bestünde (abgesehen von Pfandrechten und Privilegien) nur sofern das Alter der Forderung im Konkurse einen Vorzug böte (worüber vgl. Puchta, Pand. § 248, not. e).

ſeitigen wie mehrſeitigen — Rechtsgeſchäften im Prinzipe zuläßt, nicht zu bezweifeln.[227]) Ja es ſcheint, daß der Kurator jene Ratihabitionsbefugniß ſchon nach römiſchem Rechte hatte[228]); ſelbſtverſtändlich vorausgeſetzt, daß der gestor ein ſolches Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen hatte, in welchem Stellvertretung möglich war, daß alſo Ratihabition (durch den Prinzipal oder deſſen Kurator) überhaupt von Bedeutung ſein konnte.[229])

2) Fällt der Prinzipal in Konkurs[230]), ſo iſt Folgendes zu ſagen. (a) Der Einwilligung der Konkursgläubiger bedürftig iſt die Ratihabition durch den Prinzipal inſofern, als durch die Ratihabition Gegenſtände, die ohnedies zur Maſſe gehören würden, dieſer entfremdet oder auf die Maſſe exequirbare Schulden des Prinzipals in's Leben gerufen werden ſollen[231]). (b) Zwingen zu einer Ratihabition können ihn die Konkurs-

---

[227]) Auszunehmen ſind aber diejenigen Fälle, wo der Kurator zur Vertretung des Wahnſinnigen in der Haupthandlung keine Vollmacht hat. Wenn z. B. der gestor im Namen des Prinzipals eine Erbſchaft angetreten hat, ſo hat der Kurator ebenſowenig Vollmacht dazu, Namens des Wahnſinnigen den Antritt zu ratihabiren, wie er ſie dazu hat, die Erbſchaft Namens Deſſelben definitiv anzutreten. (Vgl. oben Anm. 150.) — Ob nicht für den Erwerb der bonorum possessio durch L. 16 D. de b. p. (37, 1) eine poſitive, dieſen Erwerb begünſtigende, Beſtimmung getroffen worden iſt, darüber ſ. o. Anm. 203. Jedenfalls würde die Ausdehnung derſelben auf den Antritt der hereditas m. E. zu verwerfen ſein; denn dieſer, als formloſer, vom Gericht nicht kontrolirbarer Akt, erfreut ſich der Begünſtigungen des Erwerbs der bonorum possessio nicht.

[228]) Einen direkten Beleg kann ich freilich nicht beibringen. Allein, wie mir dünkt, läßt ſchon das römiſche Recht Stellvertretung in allen formloſen einſeitigen Rechtsgeſchäften im Prinzip zu. Ausgeſprochen wird die Stellvertretungsmöglichkeit für den jussus (L. 1 § 9, L. 2 D. quod jussu [15, 4]) und für die praepositio (L. 5, § 18, L. 6, L. 7 pr. D. de inst. [14, 3]); ſollte Das nicht auf jenes Prinzip hinweiſen, hiernach alſo auch für die Vornahme der Ratihabition Stellvertretung zuläſſig geweſen ſein?

Jenes Prinzip iſt um ſo wahrſcheinlicher, als jene Rechtsgeſchäfte auch in andern Beziehungen eine ſehr freie Behandlung erfuhren.

[229]) Außerdem galt die in Anm. 327 bezeichnete Schranke.

[230]) Vgl. Seuffert, Ratihabition S. 27, 28.

[231]) Mit ſeinem nach der Konkurseröffnung erworbenen Vermögen ſtet er auch ohne jene Einwilligung.

gläubiger niemals, also auch nicht zur Ratihabition reiner Erwerbsgeschäfte (z. B. zur Ratihabition einer Schenkungsannahme): sie können ihn so wenig zu irgend einer Ratihabition, wie zur Vornahme irgend eines Hauptgeschäfts zwingen [332]). (c) Dagegen muß man, wenn der gestor ein reines Erwerbsgeschäft vorgenommen hat, wie mir scheint, den Konkursgläubigern das Recht zusprechen, Selber zu ratihabiren. Die Gründe sind analoge wie für die Ratihabitionsbefugniß der Erben (§ 14, III). Die Fähigkeit zur Ratihabition ist ein, im Moment der Konkurseröffnung bereits vorhandenes, Recht des Prinzipals; so gut dasselbe sich vererbt, so gut muß es von der Konkursmasse geltend gemacht werden können. Jedoch ist die Ratihabitionsbefugniß der Konkursgläubiger, wie bemerkt, auf reine Erwerbsgeschäfte zu beschränken; es ist ihnen hier die Befugniß beizulegen Namens des Kridars zu ratihabiren, dadurch das den Gegenstand des Erwerbsgeschäfts bildende Recht Demselben zu beschaffen und das so beschaffte selbst auszuüben. Ist das vom gestor vorgenommene Geschäft ein gegenseitiges, so kann, weil durch die Genehmigung der Konkursgläubiger eine Verpflichtung des Prinzipals unmöglich entstehen kann, auch keine Forderung Desselben (welche dann von jenen geltend gemacht würde) entstehen; denn Entstehung von Schuld und Forderung sind hier unzertrennlich.

3) Wird der Prinzipal gerichtlich als Verschwender erklärt, so gilt (a) bezüglich der Möglichkeit der Ratihabition durch den Kurator Analoges dem vorhin über den Fall des Wahnsinnigwerdens Gesagten. Was aber (b) die Möglichkeit angeht,

---

[332]) Wenn aber der Prinzipal ein vom gestor vorgenommenes (reines oder ein anderes) Erwerbsgeschäft ratihabirt, so fällt der Erwerb aus demselben m. E. in die Masse, wiewohl man die bekannte Streitfrage, ob der während des Konkurses erfolgende Neuerwerb in die Masse falle, meines Bedünkens zu verneinen hat. Denn — sei es, daß man Rückwirkung annimmt oder nicht — für den Erwerb des Prinzipals ist schon vor Eröffnung des Konkurses der Grund, und zwar durch Den gelegt, welchem die Disposition über das betreffende konkrete Rechtsverhältniß zustand; man kann daher den durch Ratihabition bewirkten Erwerb keinenfalls einen Neuerwerb nennen.

daß der prodigus ſelber ratihabirt, ſo iſt zu ſagen, daß er zu ſolcher Ratihabition in allen denjenigen Fällen konſensbedürftig iſt, in welchen er es wäre, wenn er das vom gestor geſchloſſene Rechtsgeſchäft in Selbſtperſon vornehmen wollte.

4) Läßt ſich der Prinzipal arrogiren, ſo iſt ſo zu ſagen:

a) Wenn der gestor über ein Recht verfügt hatte, welches durch die Arrogation in Nießbrauch und Verwaltung des Arrogirenden gekommen iſt, ſo kann (α) der Arrogirte nur mit Zuſtimmung des Gewalthabers ratihabiren — grade wie wenn er jene Verfügung nunmehr Selber treffen wollte. (β) Der Gewalthaber andrerſeits kann, wie er über ein zum Adventizgut gehöriges Recht durch Hauptgeſchäft nur mit Zuſtimmung des Gewaltunterworfenen verfügen kann[333]), ſo auch nur mit jener Zuſtimmung ratihabiren. Eine Ausnahme aber muß namentlich für den Fall des Forderungseinzugs gemacht werden; dieſen kann er ſelbſtſtändig ratihabiren[334]) (und daher offenbar auch ſelbſtſtändig vornehmen).

b) Hat der gestor ein Gelddarlehen im Namen des Prinzipals aufgenommen, ſo bedarf des Letztern Ratihabition der Zuſtimmung des Gewalthabers[335]).

c) Hat der gestor aber ein ſolches Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen, zu deſſen Vornahme in Selbſtperſon der Prinzipal trotz der Arrogation fortwährend vollbefugt geblieben iſt[336]), ſo iſt er auch befugt, das vorgenommene Rechtsgeſchäft auf eigene

---

[333]) Vgl. Windſcheid, Pand. § 517 Anm. 14.

[334]) Ganz klar wird Das geſagt in der ſchon oben angeführten L. 58 § 1 D. de soll. («Si creditor, cujus ignorantis procuratori solutum est, arrogandum se dederit, sive ratum habuit pater, rata solutio est, sive non habuit, repetere debitor potest».) — Die übrigen Fälle, wo der Gewalthaber (ſei es durch Vornahme des Hauptgeſchäfts, ſei es durch Ratihabition) ſelbſtſtändig verfügen kann, ſ. bei Windſcheid, Pand. § 517 Anm. 11—13, und Text dazu.

[335]) Es verſteht ſich, daß der Darlehensempfang nicht vom Gewalthaber ganz allein ratihabitirt werden kann; denn er hat keine Vollmacht, den Gewaltunterworfenen mit Schulden zu belaſten.

[336]) Alſo z. B. einen gewöhnlichen obligatoriſchen Vertrag.

Faust zu ratihabiren. Eine Ratihabition durch den Gewalthaber allein dagegen ist nur bezüglich reiner Erwerbsgeschäfte für zulässig zu halten; wie alle übrigen Rechte des Gewaltunterworfenen, so kann er hier auch Dessen Ratihabitionsrecht ausüben und sich auf diese Weise Genuß und Verwaltung des Erwerbsgegenstandes verschaffen. Hat der gestor ein gegenseitiges Geschäft geschlossen, so kann der Gewalthaber, da er keine Vollmacht zur Obligirung des Gewaltunterworfenen hat, Demselben auch nicht die, von der Schuld hier unzertrennliche, Forderung verschaffen.

§ 16. Verlust der konkreten Dispositionsbefugniß.

Die bisher erörterten Zwischenfälle — Tod, Wahnsinn, Verlust der selbstständigen Wirkungsfähigkeit — betrafen sämmtlich die persönliche, und insofern abstrakte, Fähigkeit der betheiligten Personen, Rechtsgeschäfte resp. wirksame Rechtsgeschäfte abzuschließen. Nunmehr aber erhebt sich die Frage, inwiefern es von Einfluß ist, wenn nach Abschluß des Hauptgeschäfts eine jener Personen die konkrete Dispositionsbefugniß — also die Befugniß, grade über dasjenige individuelle Rechtsverhältniß zu verfügen, welches den Gegenstand des vom gestor geschlossenen Geschäfts bildet — ganz oder theilweise verliert [337]).

---

[337]) Unsre — ältere wie neuere — Wissenschaft ist geneigt, allen hier in Betracht kommenden Ereignissen Einfluß auf die Ratihabitionsmöglichkeit zuzuschreiben. Nur verschiedene Ausdrücke für diese Ansicht sind es, wenn die ältere Theorie verlangte, daß zur Zeit der Ratihabition noch «res integra» sei, während die neuere lehrt, daß die Ratihabition keine „wohlerworbenen Rechte" verletzen könne. Allein jener Wendung gegenüber müssen wir vorläufig einfach bezweifeln, ob „Integrität" des anfänglichen Zustandes zu gültiger Ratihabition erforderlich ist; gegenüber der neueren Wendung aber ist unseres Erachtens zu sagen, daß eben Dieses die Frage ist, ob die in der Zwischenzeit erworbenen Rechte Dritter so wohl erworben sind, daß sie auch der Ratihabition gegenüber Stand halten.

I. In der Perſon des gestor kommt ein ſolcher Verluſt in der Regel gar nicht in Betracht. Denn ſoferne er durch das Namens des Prinzipals geſchloſſene Geſchäft über ein beſtehendes Recht verfügt hatte, war das in den weitaus meiſten Fällen ein Recht des Prinzipals, nicht ein eignes Recht — kann alſo auch nicht davon die Rede ſein, daß er ein ſolches in der Zwiſchenzeit, total oder partiell, verlöre.

Doch kann es vorkommen, daß der gestor über ein eignes Recht verfügt [338]). Entweder (1.) ſo, daß dieſe Verfügung der getroffenen Verabredung gemäß, eine ſofort entſchiedene iſt. In dieſem Falle ſind dem gestor anderweitige, mit jener Diſpoſition unverträgliche Verfügungen überhaupt unmöglich. Hat er z. B. im Namen des Prinzipals ein eignes Grundſtück mit der Feſtſetzung tradirt, daß ſofortiges entſchiedenes Eigenthum übergehen ſoll, ſo iſt er nunmehr natürlich nicht in der Lage, durch anderweitige Veräußerung, Verpfändung pp. dem Dritten zu ſchaden. Er hat lediglich, bei nicht erfolgender Ratihabition, die condictio causa data causa non secuta [339]). (2.) Iſt aber eine derartige Verabredung nicht getroffen worden, ſo hängt die rechtliche Wirkung der Verfügung von der conditio juris der Ratihabition ab; vor der Hand tritt jene Wirkung nicht ein. Daher kann hier der gestor anderweitige Verfügungen, die mit der erſten Verfügung kolliviren, allerdings mit einſtweiliger Wirkung treffen, allein nur mit der Schranke, daß, ſobald der Prinzipal das in ſeinem Namen geſchloſſene Geſchäft ratihabirt, der Dritte denjenigen rechtlichen Vortheil, welcher ihm vom gestor sub conditione juris zugewendet worden war, jetzt ungeſchmälert erwirbt; man mag Rückwirkung annehmen oder nicht. Hat der gestor z. B. im Namen des Prinzipals ein eignes Grundſtück ohne beſondere Verabredung veräußert, ſo hat er damit dem Dritten die feſte Grundlage dafür geſchaffen, daß er durch Eintritt der Ratihabition Eigenthümer werde (ſei es ex tunc oder

---

[338]) Etwa, um den Prinzipal mit dem Aequivalente zu beſchenken.

[339]) Die Obligationsverhältniſſe (emtio venditio pp.) ſind natürlich auch hier von der Ratihabition (direkt) abhängig.

ex nunc); dieſe spes kann ihm durch Verfügungen der Zwiſchenzeit auf keinerlei Weiſe geſchmälert werden.

II. Verluſt der konkreten Diſpoſitionsbefugniß in der Perſon des Dritten muß für durchaus unſchädlich erklärt werden. Dadurch, daß der Dritte in dem mit dem gestor geſchloſſenen Vertrag über ein eignes Recht diſponirt hat, iſt feſter Grund dafür gelegt, daß der Prinzipal den ihm zugedachten rechtlichen Vortheil (Recht, Befreiung oder dergl.) ſich aneignen kann. Hat alſo der gestor z. B. im Namen des Prinzipals eine Sache in Empfang genommen, und der Dritte ſie hierauf abermals veräußert, verpfändet oder dergl., ſo entſteht durch die Ratihabition das Eigenthum des Prinzipals dennoch ungeſchmälert.

Ob man Rückwirkung der Ratihabition ſtatuirt oder nicht, iſt für alle ſolche Fragen im Weſentlichen gleichgültig[340]).

III. Ungleich ſchwieriger und verwickelter, als die sub I und II behandelten Fragen, iſt aber die, von welchem Einfluſſe es iſt, wenn nach Abſchluß des Hauptgeſchäfts der Prinzipal die konkrete Diſpoſitionsbefugniß verliert.

Lange und reifliche Erwägung[341]) führen uns dazu, folgendermaßen zu unterſcheiden.

---

[340]) Von unſerm Standpunkte aus überträgt in jenem Beiſpiele der Dritte in der Zwiſchenzeit zunächſt proviſoriſches Eigenthum, begründet er in der Zwiſchenzeit zunächſt proviſoriſches Pfandrecht pp., und die Ratihabition entſcheidet, daß er in Wahrheit gar nicht mehr Eigenthümer war, daher auch kein Eigenthum, kein Pfandrecht pp. verſchaffen konnte. Vom Nichtrückwirkungsſtandpunkte aus iſt zu ſagen: Der Dritte iſt in der Zwiſchenzeit noch entſchieden Eigenthümer; allein weil der Prinzipal des gestor durch des Letztern Rechtsgeſchäft die feſte Anwartſchaft erlangt hat, durch Ratihabition Eigenthümer zu werden, ſo trägt das Eigenthum des Dritten den rechtlichen Mangel in ſich, daß es, falls jene Ratihabition erfolgt, untergehen wird; folglich überträgt ſich dieſer Mangel auch auf die in der Zwiſchenzeit an vierte Perſonen eingeräumten Rechte.

[341]) Jeder, der ſich mit der vorliegenden Frage einmal ernſthaft beſchäftigt hat, wird gefunden haben, daß es wenige Rechtspartieen von gleicher Difficilität giebt. Dürftiges und — wenigſtens ſcheinbar — ſich wider-

1) Dispositionen, welche der Prinzipal in der Zwischenzeit trifft.

a) Dispositionen durch Verträge mit vierten Personen. Hier ist mit Entschiedenheit zu behaupten, daß die durch solche Dispositionen geschaffene Wirkung eine unverkümmerbare, also auch durch Ratihabition des vom gestor vorgenommenen Rechtsgeschäfts Seitens des Prinzipals nicht zerstör- oder abschwächbare ist. Denn der Prinzipal hatte, als er jene Dispositionen traf, noch volle Macht über das betreffende Rechtsverhältniß. An der Wahrheit dieses Satzes kann die rückwirkende Kraft der Ratihabition Nichts ändern. Denn obgleich wir wegen dieser rückwirkenden Kraft annehmen und annehmen müssen, daß nach dem vom gestor vorgenommenen Rechtsgeschäft das betreffende Rechtsverhältniß in pendenti ist, und nur der rechtliche modus vivendi vorläufig zu Gunsten des Prinzipals regulirt ist, so hat es Dieser doch vollständig in der Hand, wie die Entscheidung des wahren rechtlichen Zustandes ausfallen soll. Sobald er nun einem Vierten ein Recht einräumt, welches mit dem vom gestor dem Dritten zugedachten rechtlichen Vortheil im Widerspruche steht, so überträgt er damit dem Vierten, ganz oder theilweise, die Ratihabitionsbefugniß — er mag um das vom gestor vorgenommene Rechtsgeschäft wissen oder nicht; auch im letzteren Falle begiebt er sich, soweit die eigene Verfügung reicht, jeder denkbaren rechtlichen Zuständigkeit, also auch der Befugniß, frühere, mit der eignen Verfügung kollidirende Geschäfte durch Ratihabition zur rechtlichen Wirkung zu bringen [242]). Hat er dem Vierten eine Befreiung eingeräumt, so verzichtet er damit auf jegliche, bezüglich des aufgehobenen Rechtes ihm zustehende Befugniß, also auch auf die Befugniß, die vom gestor über jenes Recht getroffene Verfügung zu genehmigen. —

---

sprechendes Quellenmaterial, die verschiedenartigsten, sich durchkreuzenden materiellen Erwägungen, endlich konstruktive Schwierigkeiten der mannigfachsten Art: Das sind die ersten Eindrücke, die man hier empfängt.

[242]) Nur den Einfluß hat das Wissen des Prinzipals um die vom gestor getroffene Verfügung, daß alsdann der mit dem Vierten geschlossene Vertrag möglicherweise unter — ausdrücklichem oder stillschweigendem — (gänzlichem) Verzicht auf die Ratihabition vor sich geht.

Wenn z. B. der gestor eine dem Prinzipal zustehende Forderung eingezogen hat, und Letzterer zedirt sie in der Zwischenzeit an einen Vierten, so geht damit auf Denselben nicht nur die Eigenschaft, provisorisch noch als Gläubiger behandelt zu werden, sondern auch die rechtliche Macht über, entweder, durch Ratihabition, jenen Einzug wirksam zu machen, also den Schuldner zu befreien, oder, durch Versagung der Ratihabition, der Zession (entschiedene) Gültigkeit zu verleihen. — Hat der gestor des Prinzipals Forderung an einen Dritten zedirt und der Prinzipal erläßt sie nun dem Schuldner oder nimmt Erfüllung an, so verzichtet er implicite auf die Ratihabition jener Zession. — Noch ein Beispiel. Der gestor hat ein Grundstück des Prinzipals veräußert, und Letzterer veräußert oder verpfändet es nunmehr selber. Hier geht im ersteren Falle mit dem provisorischen Eigenthum zugleich die volle Ratihabitionsmacht auf den Vierten über, und im zweiten erlangt der Vierte mit dem provisorischen Pfandrecht zugleich die Macht, den Dritten, falls er überhaupt, durch Ratihabition des Prinzipals, (rückwärts) Eigenthümer wird, durch seine, des Vierten, Genehmigung (rückwärts) zum pfandfreien Eigenthümer zu machen. —

Was die Quellen angeht, so kann nur eine einzige einschlägige Stelle aufgeführt werden, nämlich die L. 16 § 1 D. de pign. (20, 1):

> «Si nesciente domino res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipso (M.) quod ratum habet, voluisse eum retro currere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.»

Freilich ist auch hier nicht von einer Stellvertretung die Rede, sondern von einem Falle, wo der Verpfänder auf eignen Namen gehandelt hat[343]).

---

[343]) Mag er nun auch in eignem Interesse, oder zwar in eignem Namen aber in fremdem Interesse (also als Zwischenperson) gehandelt haben.

Aber Alles, Was der Juriſt hier ſagt, trifft Wort für Wort auch für die Stellvertretung zu. „Allerdings“, ſagt Marzian, „will der Prinzipal grade darum (hoc ipso) weil er ratihabirt (alſo etwas früher Geſchehenes gutheißt), daß ſeine Ratihabition rückwirkende Kraft habe. Allein ſobald er die Sache veräußert hat, alſo nicht mehr (in Selbſtperſon) verpfänden (pignori dare) kann, ſo kann er auch nicht mehr die geſchehene Verpfändung ratihabiren; er hat ſich durch die Veräußerung jeder rechtlichen Beziehung zur Sache begeben.“ Die Befugniß zur Ratihabition geht offenbar auf Denjenigen über, welcher auch ſelber verpfänden kann — auf den Eigenthumsnachfolger. (Hätte der Prinzipal in der Zwiſchenzeit ſelber an X verpfändet, dadurch alſo ſich außer Stand geſetzt einem Anderen die erſte Pfandſtelle einzuräumen, ſo könnte er auch nicht durch Ratihabition bewirken, daß ein Anderer die erſte Pfandſtelle erhielte: es bedürfte dazu einer Zuſtimmung des X ſo gut, wie wenn er ſelber dem Anderen die erſte Pfandſtelle einräumen wollte.) —

Unſre allgemeine Auffaſſung der uns beſchäftigenden Frage wird alſo durch jene Stelle, wie wir glauben, vollkommen beſtätigt.

b) Diſpoſitionen des Prinzipals durch Verträge mit dem Dritten [343a]) oder Deſſen Stellvertreter, Hauskind oder Sklaven. Hier müſſen wir unterſcheiden:

α) Weiß der Prinzipal bei ſeiner Diſpoſition, daß der gestor mit dem Dritten oder Deſſen Stellvertreter pp. einen über daſſelbe Rechtsverhältniß diſponirenden Vertrag geſchloſſen hat, ſo liegt in jener, des Prinzipals, Diſpoſition offenbar ein Verzicht auf die Genehmigung der vom gestor getroffenen Diſpoſition.

Z. B.: der gestor hatte von dem Schuldner des Prinzipals Zahlung eingetrieben, und nun erläßt der Prinzipal, obgleich er um dieſen Einzug weiß, die Schuld. Hier verzichtet er auf die Ratihabition des Einzugs. — Oder: der gestor hatte eine

---

[343a]) D. h. mit Demſelben, mit Dem oder mit Deſſen Stellvertreter, Hauskind oder Sklaven der gestor ein Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen hatte.

Sache des Prinzipals für 10 000 Mark an den Dritten verkauft; wenn nun der Prinzipal, Dieſes wohl wiſſend, dem Dritten oder deſſen Stellvertreter dieſelbe Sache für 9000 Mark verkauft, ſo verſagt er damit dem erſten Verkaufe die Genehmigung.

β) Für den Fall aber, daß der Prinzipal bei der in der Zwiſchenzeit getroffenen Diſpoſition um den vom gestor geſchloſſenen Vertrag nicht weiß, beſitzen wir eine Quellenentſcheidung in der L. 71 § 2 D. de soll. (46, 3).

Dieſe Stelle lautet:

> «Item si ignorans creditor procuratori suo solutum servo debitoris filiove acceptum fecerit, postea autem rescierit et ratum habuerit, confirmatur solutio et quod acceptum latum sit, nullius momenti est: et contra, si ratum non habuerit, quod acceptum fecerit, confirmatur.»

Ein unbevollmächtigter Stellvertreter hat vom Schuldner des Prinzipals Zahlung eingetrieben. Nunmehr erläßt der Prinzipal, ohne von jenem Einzug zu wiſſen, die Schuld, nicht durch Vertrag mit dem Schuldner ſelbſt — denn Der würde dem Gläubiger von der an den gestor geleiſteten Erfüllung wohl Mittheilung machen — ſondern durch Vertrag mit dem Sklaven oder Hausſohn des Schuldners — fügen wir, um die Stelle auch für das heutige Recht anwendbar zu machen, bei: oder mit einem (General- oder Spezial-) Bevollmächtigten des Schuldners. Die Entſcheidung lautet, daß der Prinzipal durch den Erlaß ſein Recht, die an den gestor geſchehene solutio zu ratihabiren, nicht verliert.

Iſt aber dieſe Entſcheidung nicht äußerſt befremdlich? Sollte man nicht denken, daß der Gläubiger durch den Erlaßvertrag, den er mit dem Schuldner oder einem Alterego Deſſelben geſchloſſen hat, ſich jeden Rechts auf die Forderung begiebt [344])?

---

[344]) Darin, daß der Erlaßvertrag nicht mit dem Schuldner ſelbſt geſchloſſen iſt, während die solutio (wahrſcheinlich) vom Schuldner ſelbſt vorgenommen worden iſt, kann der Grund der obigen Entſcheidung unmöglich liegen.

Iſt die Entſcheidung nicht in direktem Widerſpruche mit dem sub a) Geſagten? Müßte ſie nicht vielmehr, nach Analogie der L. 16 § 1 de pign., ſo lauten: «Voluntas (i. e. ratihabitio solutionis) eorum demum servabitur, qui et (ipsi) exigere debitum possunt»?

Meines Erachtens läßt ſich dieſe äußerſt zweifelvolle Frage nur auf folgende Weiſe beantworten.

Sub a) handelte es ſich um Diſpoſitionen, welche der Prinzipal zum Vortheile vierter, bisher ganz unbetheiligter Perſonen getroffen hat. Da verſteht es ſich, daß einem ſolchen Vierten durch Ratihabition des Prinzipals unter keinen Umſtänden geſchadet werden kann. Auch wenn der Prinzipal bei ſeinem Vertrage mit dem Vierten von dem Vertrage des gestor mit dem Dritten keine Kenntniß hatte, begiebt er ſich durch ſeinen Vertrag jeder Möglichkeit, den rechtlichen Vortheil, welchen er dem Vierten zuwendet, zu verkümmern; insbeſondere alſo begiebt er ſich, ſoweit jener rechtliche Vortheil reicht, der Fähigkeit, eine mit dieſem unverträgliche Diſpoſition zu ratihabiren (ſei es daß er auf dieſe Fähigkeit verzichtet, oder daß er ſie dem Vierten überträgt). Den Vierten gieng das Ratihabitionsrecht, welches der Prinzipal dem Dritten gegenüber bereits erlangt hatte bisher abſolut Nichts an; daher kann ihm daſſelbe auch jetzt unmöglich ſchaden.

Etwas anders aber liegt die Sache, wenn der Prinzipal in der Zwiſchenzeit zum Vortheile deſſelben Dritten diſponirt, für welchen aus der vom gestor getroffenen Diſpoſition eine rechtliche Wirkung erwachſen kann. Weiß hier der Prinzipal bei ſeiner eignen Diſpoſition um die des gestor, ſo verzichtet er, wie ſchon bemerkt, durch Vornahme jener auf die Genehmigung dieſer. Weiß aber der Prinzipal bei ſeiner Diſpoſition um die des gestor nicht, ſo geht ihm nach der Auffaſſung des römiſchen Rechts die Befugniß, die Diſpoſition des gestor zu genehmigen, nicht verloren. Der Prinzipal hatte — Das iſt wohl der zu Grunde liegende Gedanke — grade dem Dritten gegenüber durch den Vertrag des gestor bereits ein Recht (zur Ratihabition) erworben, und kann ſich daher der Dritte nicht darüber beſchweren, daß der Prinzipal dieſes Recht noch ſo lange geltend

macht, als er nicht unter Kenntniß deſſelben darauf verzichtet hat [345]).

Nach der Analogie jener Stelle müſſen wir konſequentermaßen alle ähnlichen Fälle entſcheiden. Hätte alſo etwa — um auf ein obiges Beiſpiel zu rekurriren — der gestor eine Sache des Prinzipals für 10000 Mark an den Dritten verkauft, und der Prinzipal würde nun, ohne dieſes zu wiſſen, dieſelbe Sache einem Generalbevollmächtigten des Dritten für 9000 Mark verkaufen, ſo würde er hiermit nicht das Recht verlieren, die Handlung des gestor zu genehmigen und dadurch die Wirkſamkeit dieſer Handlung und die Wirkungsloſigkeit des zweiten Verkaufs zu entſcheiden. —

Wie man übrigens über die vorſtehenden Ausführungen denken mag — ſo Viel ſcheint mir jedenfalls unbeſtreitbar, daß die Entſcheidung der L. 71 § 2 cit., und alle analogen Entſcheidungen, nicht möglich wären, wenn die Ratihabition keine rückwirkende Kraft hätte. Vom Standpunkte der Nichtrückwirkung wäre zu ſagen geweſen, daß eine nach dem Erlaſſe vorgenommene Ratihabition gar keine Obligation mehr vorgefunden habe, welche durch die Ratihabition hätte (ex nunc) getilgt werden können. Vom Standpunkte der Rückwirkung aber kommt es nur darauf an, ob die Obligation im Moment der solutio noch beſtanden hat: erfolgt Ratihabition, ſo entſcheidet dieſelbe, daß die Schuld ſofort mit dem Erfüllungsakte untergegangen war und folglich der Erlaß Nichts mehr vorfand, worauf er hätte einwirken können [346]).

---

[345]) Ueber die Gerechtigkeit und Angemeſſenheit dieſer Auffaſſung läßt ſich allerdings ſtreiten. Daß die Auffaſſung aber bei den Römern in der That obwaltete, ſcheint mir ſicher.

[346]) Wir haben hier alſo einen der Fälle, wo die Antwort auf die Frage, unter welchen **Vorausſetzungen** eine gültige Ratihabition erfolgen könne, abhängt von der **rückwirkenden Kraft** der Ratihabition.

Es wird daher nunmehr vollſtändig gerechtfertigt erſcheinen, daß wir dieſe rückwirkende Kraft ihrem Weſen nach erörtert haben ehe wir zur Beantwortung der Frage ſchritten, inwiefern Vorausſetzung gültiger Ratihabition iſt, daß keine Zwiſchenfälle eingetreten ſind.

c) Disposition des Prinzipals durch einseitige Rechtsgeschäfte. Obgleich wir über diesen Fall m. W. kein Quellenzeugniß besitzen, so macht die Entscheidung doch keine Schwierigkeit. Es ist zu unterscheiden, ob der Prinzipal bei seiner Disposition (z. B. Dereliktion der Sache, welche der gestor bereits veräußert hatte) um die Verfügung des gestor wußte oder nicht. Ersterenfalls verzichtet er durch seine eigne Disposition auf die Ratihabition der vom gestor getroffenen. Im andern Falle aber hat er immer noch die rechtliche Macht, durch Ratihabition der vom gestor getroffenen Verfügung diese rückwärts zur Kraft zu bringen, und hierdurch seine eigene Disposition, soweit sie mit der des gestor im Widerspruche steht, rückwärts als wirkungslos festzustellen. (In dem obigen Beispiele also hätte der Prinzipal trotz seiner Dereliktion die Befugniß, durch Ratihabition zu entscheiden, daß die vom gestor vorgenommene Veräußerung Eigenthum auf den Dritten wirklich übertragen habe, und daher die vom Prinzipal vorgenommene Dereliktion rechtlich unerheblich sei.)

An der Richtigkeit des Gesagten kann nicht der leiseste Zweifel obwalten, wenn wir den vorhin kennen gelernten Ausspruch der L. 71 § 2 de soll. erwägen. Denn wenn diese Stelle die Ratihabition sogar dann noch zuläßt, wenn der Prinzipal eine vertragsmäßige Disposition getroffen hat, woraus einer bestimmten Person (dem Dritten) ein rechtlicher Vortheil erwachsen soll, wievielweniger kann die Genehmigung vereitelt werden durch ein einseitiges Geschäft, woraus doch keiner bestimmten Person ein rechtlicher Vortheil zufließen soll![347]) Wie

---

[347]) Wo das ausnahmsweise der Fall zu sein scheint, z. B. wenn ein Usufruktuar derelinquirt (Was zum Untergange seines Rechts m. E. genügt), ist der rechtliche Vortheil, den eine andere Person zieht, in der That nur eine Konsequenz des einseitigen Aktes, nicht juristische Absicht desselben. Daher scheint mir auch in allen solchen Fällen die Ratihabition früherer, vom gestor vorgenommener Geschäfte immer noch zulässig zu sein, und zwar ohne Unterschied, ob aus dem Geschäfte des gestor derselben Person, welche aus dem des Prinzipals Etwas erhofft, ein rechtlicher Vortheil erwachsen soll, oder einer andern Person. Hätte also z. B. der Usufruktuar (einseitig) derelinquirt, so könnte er nicht nur in dem Falle noch ratihabiren, wo der gestor mit dem Eigenthümer

im Falle der L. 71 § 2 cit., werden wir auch im gegenwärtigen die Ratihabitionsbefugniß nur dann untergehen laſſen, wenn die Diſpoſition des Prinzipals unter Kenntniß der vom gestor vorgenommenen Diſpoſition getroffen worden iſt.

2) Diſpoſitionen, welche ein mit dem Prinzipal Geſammtberechtigter in der Zwiſchenzeit getroffen hat; z. B.: nachdem der negotiorum gestor des einen Korrealgläubigers Zahlung eingetrieben hat, treibt ſolche des Letztern Kollege ebenfalls ein.

Da hier der Prinzipal gar keine Zwiſchendiſpoſition getroffen hat, ſo kann von einem Verzicht deſſelben auf die Ratihabitionsbefugniß gar keine Rede ſein. Mag der Kollege bei der von ihm getroffenen Zwiſchendiſpoſition um die erſte Diſpoſition gewußt haben oder nicht — das aus dieſer dem Prinzipal erwachſene Ratihabitionsrecht bleibt beſtehen. So entſcheidet ganz klar die L. 58 § 2 D. de soll. (46, 3):

> «Et si duo rei stipulandi sunt, quorum alterius absentis procuratori, tum, antequam is ratum haberet, interim alteri solutum est, in pendenti est posterior solutio aeque ac prior: quippe incertum est, debitum an indebitum exegerit.»

Vgl. oben S. 218. — [348]).

---

der Sache einen den Uſusfruktus betreffenden Vertrag geſchloſſen hätte, ſondern auch dann, wenn er den Uſusfruktus an einen extraneus veräußert hätte. (Anders wenn der Uſufruktuar durch Vertrag mit dem Eigenthümer verzichtet hat: hier kommt die Unterſcheidung der Fälle a) und b) zur Anwendung.)

[348]) Weiß des Geſtors Prinzipal um die vom Kollegen getroffene Verfügung, ſo liegt darin an ſich natürlich kein Verzicht auf die Befugniß, die vom gestor getroffene zu genehmigen, auch dann nicht, wenn er zugleich von der Dispoſition des gestor Kenntniß hat. Es kann in ſolchen Fällen natürlich vorkommen, daß der Prinzipal (ausdrücklich oder ſtillſchweigend) darauf verzichtet, die Gültigkeit des durch den Kollegen erfolgten Einzugs zu verhindern.

3) Ein ganz besonders schwieriger und zweifelhafter, aber auch, wie wir uns überzeugen werden, ein ganz besonders interessanter Fall ist der, wenn der Prinzipal dasjenige Recht, worüber der gestor verfügt hat, durch Verjährung verliert.

Hievon in den beiden folgenden §§.

§ 17. Insbesondere von dem Verlust durch Verjährung.

I. Wenn das Recht des Prinzipals, über welches der gestor disponirt hat, hernach durch Verjährung erlischt, so versteht es sich vom Standpunkte der Nichtrückwirkung der Ratihabition von selbst, daß der Prinzipal jene Disposition nun nicht mehr genehmigen kann. Wenn die Ratihabition rechtliche Wirkung erst von ihrem Eintritte an hat, so muß das Recht des Prinzipals in diesem Momente noch bestehen, damit sie überhaupt noch Etwas vorfindet, worauf sie wirken kann. Z. B.: der gestor hat eine Forderung des Prinzipals an einen Dritten zedirt, oder vom Schuldner eingetrieben; nun verjährt die Schuld. Wer der Ratihabition erst von ihr selbst an Wirkung beilegt, muß ihr in beiden Fällen jede Wirkung versagen: ein im Moment der Ratihabition erfolgender Uebergang, resp. Untergang der Forderung würde nicht gedacht werden können, da ja gar keine Forderung mehr existirt.

Von unserm, dem Rückwirkungs-Standpunkte aus ist die Möglichkeit der Ratihabition jedenfalls prima facie zu bejahen. Denn die Genehmigung entscheidet, wie wir annehmen, daß die vom gestor getroffene Verfügung die beabsichtigte rechtliche Wirkung sofort hervorgebracht hat; war also das Recht des Prinzipals damals noch vorhanden, so kann die Ratihabition auch noch insofern darauf einwirken, als sie entscheidet, daß ein damaliger Untergang, eine damalige Veränderung des Rechts erfolgt ist; der Befugniß zu dieser Entscheidung hat sich aber der Prinzipal, der ja in der Zwischenzeit gar keine Verfügung getroffen hat, natürlich nicht begeben. Hat also z. B. der gestor eine Forderung des Prinzipals zedirt, und nun tritt Verjährung der Forderung, dann Ratihabition der Zession ein, so entscheidet

sich hiemit, daß die Forderung gleich Anfangs auf den Fiskus übergegangen ist, und folglich alle Dessen bis zum Eintritt der Verjährung vorgenommenen Verfügungen über die Forderung, wie Einkassirung, Novation, weitere Cession pp. vollgültig waren. Oder, wenn der gestor eine Forderung beigetrieben hat, so entscheidet sich durch die, nach inzwischen eingetretener Verjährung erfolgende, Ratihabition, daß die Schuld sofort durch den Solutionsakt untergegangen ist, und folglich der Zeitablauf Nichts mehr vorfand, Was er hätte vernichten können.

Ich sage: prima facie müssen wir von unserm Standpunkte Vorstehendes behaupten. Nicht aber dürfen wir ohne Weiteres voraussetzen, daß die Römer die in Rede stehenden Konsequenzen des Rückwirkungsbegriffs auch wirklich blindlings ausgeführt wissen wollen. Denn wir dürfen uns nicht verhehlen, daß sich das gewichtige Bedenken dagegen geltend macht, ob denn nicht auf diese Weise der Zweck des Verjährungsinstituts nothleide? Sei denn nicht der Grundgedanke dieses Instituts grade der, daß nach Ablauf der Verjährungszeit jeder Streit über das alte Recht abgeschnitten sein solle? [349])

Andrerseits aber läßt sich mit Energie darauf hinweisen, daß das Wesen der Stellvertretung ja grade darin bestehe, daß das Selbsthandeln des Prinzipals ersetzt werden solle; der gestor habe ja noch zu rechter Zeit über das Recht des Prinzipals verfügt. Ferner, daß negotiorum gestores ja grade darum einzugreifen pflegen, um Schaden vom Prinzipal abzuwenden (L. 1 D. de N. G.), daß also speziell die stellver-

[349]) Ein solcher Streit kann z. B. dann eintreten, wenn der Schuldner zu den gestor bezahlt hat, sodann Verjährung und hierauf Ratihabition eintritt, und nun der Schuldner behauptet, die Schuld habe nie bestanden. Dem Schuldner muß hier u. E. verstattet werden, gegen den Ratihabenten die condictio indebiti anzustellen. Da nun aber bei diesem Prozeß eben über das alte, vor dreißig (oder dergl.) Jahren angeblich entstandene Recht gestritten wird, so könnte es scheinen, als ob der Zweck des Verjährungsinstituts gebiete, daß man, zur Vermeidung jenes Streits, dem Schuldner nach Ablauf der Verjährungszeit die cond. causa data causa non secuta gegen den gestor gewähre, ohne Rücksicht darauf, ob die Schuld bestanden habe oder nicht.

tretende negotiorum gestio vielleicht grade darum erfolgt sei, um Namens des Prinzipals eine Disposition, welche nur noch einige Zeit lang möglich war, noch vor Thorschluß zu treffen.

II. Durch die vorstehend gepflogene Betrachtung glauben wir uns mit der nöthigen Unbefangenheit gewappnet zu haben, um nunmehr die einschlägigen Quellenäußerungen der Betrachtung unterziehen zu können.

Da spricht sich denn nun zunächst Afrikan in L. 25 § 1 D. rat. rem hab. (46, 8) mit Bestimmtheit gegen die Ratihabitionsmöglichkeit aus:

> «Procurator cum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominum habiturum cavit: deinde post tempus liberato jam debitore dominus ratam rem habet. Posse debitorem agere cum procuratore existimavit, cum jam debito liberatus sit; argumentum rei, quod, si nulla stipulatio interposita sit, condictio locum adversus procuratorem habitura sit: in locum autem condictionis interponi stipulationem.»

In — wirklichem oder scheinbarem — schneidendem Widerspruche hiermit aber läßt sich Celsus in L. 71 § 1 D. de soll. (46, 3) also vernehmen:

> «Si fidejussor procuratori creditoris solvit et creditor post tempus, quo liberari fidejussor poterit, ratum habuit, tamen quia fidejussor, cum adhuc ex causa fidejussionis teneretur, solvit, nec repetere potest nec minus agere adversus reum mandati potest, quam si tum praesenti dedisset.» —

Es ist von Interesse, die Hauptversuche, welche zur Vereinigung der beiden Stellen gemacht worden sind, einer Prüfung zu unterwerfen.

1) Ruhstrat (Jahrbb. für Dogm. Bd. 10 S. 229—233, 237, 238) glaubt dem Widerstreit dadurch entgehen zu können,

daß er die L. 71 § 1 von dem Falle verſteht, daß der Dritte an einen generellen, die L. 25 § 1 aber von dem Falle, daß er an einen ſpeziellen negotiorum gestor des Gläubigers Erfüllung geleiſtet habe; jene Leiſtung ſoll überhaupt dem Gläubiger ſtärkere Wirkungen erzeugen, als die Leiſtung an einen Spezialgeſtor, und ſo denn auch die Wirkung, daß die Lage des Gläubigers durch inzwiſchen eintretende Verjährung der Forderung nicht verſchlechtert werden könne.

Es iſt nun hier nicht der Ort, zu unterſuchen, inwieweit Ruhſtrat's weitgehende Anſichten über die rechtliche Tragweite des Unterſchieds von ſpezieller und genereller negotiorum gestio richtig ſind. In proposito aber iſt jedenfalls zu bemerken

a) Daß die in unſre beiden Stellen hineingetragene Unterſcheidung eine willkührliche iſt; beide Stellen ſprechen ſchlechtweg von einem «procurator», alſo wahrſcheinlich beide von einem generellen neg. gestor; ſollte aber die L. 25 § 1 cit. von einem ſpeziellen n. gestor reden, ſo iſt Daſſelbe grade ſo möglich bei der L. 71 § 1 cit.

b) Die von den Verfaſſern der beiden Stellen gegebenen Motivirungen der Entſcheidungen paſſen gleichmäßig auf Spezial- und Generalgeſtoren. Einerſeits paßt es auch auf die Leiſtung an einen bloßen Spezialgeſtor, wenn Zelſus ſagt: «quia fidejussor, quum adhuc ex causa fidejussionis teneretur, solvit», und andrerſeits trifft Afrikan's Entſcheidungsgrund «quum jam debitor (tempore) liberatus sit» auch für denjenigen Schuldner zu, welcher an einen Generalgeſtor geleiſtet hatte.

2) Köppen (der obl. Vertrag unter Abweſenden Anm. 207) äußert ſich über die vorliegende Frage alſo:

> „Auf dem Grundſatz, daß durch die Rückziehung ein untergegangenes Rechtsverhältniß nicht wieder zur Exiſtenz kommen kann, beruht (auch) die Entſcheidung der L. 25 § 1 D. rat. rem hab. (46, 8), mit der L. 71 § 1 D. de solut. (46, 3) nicht, wie man behauptet, in Widerſpruch ſteht; denn in dieſer Stelle handelt es ſich um die Ratihabition einer Zahlung, die der Bürge noch in der Zeit ſeiner Bürgſchaft gemacht hat, nicht um die Ratiha-

bition einer Bürgschaft, die nur bis zu einem bestimmten Termine übernommen ist; diese hätte vor Ablauf des Termins erfolgen müssen, für jene ist der Termin ganz irrelevant."

Verstehe ich also Köppen recht, so meint er Dieses: „Im Falle der L. 71 § 1 war der Dritte, als er an den gestor leistete, schon entschiedener (Bürgschafts-)Schuldner, und nur die Gültigkeit der solutio hieng von der Ratihabition ab, während im Falle der L. 25 § 1 nicht blos die Erfüllungsannahme, sondern auch (vorher) der schuldbegründende Vertragsabschluß durch den gestor geschah, also noch ungewiß war, ob die Schuld des Dritten jemals überhaupt zur Existenz kommen werde."

Gegen diesen Erklärungsversuch ist aber

a) zu sagen, daß die L. 25 § 1 mit keinem Worte andeutet, daß der gestor auch den schuldbegründenden Vertrag mit dem Dritten abgeschlossen hat. Afrikan sagt einfach «quum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur», woraus doch nur dieses hervorgeht, daß der gestor die exactio, nicht auch, daß er die Begründung der zeitlich begrenzten Schuld vorgenommen hat. Zudem ist ja Begründung von Obligationen durch Stellvertreter nach R. R. im Prinzip unmöglich.

b) Selbst wenn aber der gestor der L. 25 § 1 auch den obligatorischen Vertrag abgeschlossen hätte, so sehe ich vom Rückwirkungsstandpunkte keinen triftigen Grund, der Genehmigung die Wirkung abzusprechen. Wenn ein gestor Namens des Prinzipals zuerst einen Vertrag schließt, kraft Dessen der Dritte eine bestimmte Zeit haftbar sein soll, und dann innerhalb dieser Frist vom Dritten Erfüllung erhält; so kann der Prinzipal auch nach Ablauf der Frist noch ratihabiren: er entscheidet dann, daß die Schuld des Dritten erst entstanden und dann durch Erfüllung untergegangen ist: für den Untergang durch Zeitablauf bleibt dann gar kein Stoff mehr übrig.

3) Eine, schon vom Backhaus (Ratihabition S. 9, 10) angedeutete, von L. Seuffert (Ratihabition S. 33—35) näher ihrte Ansicht findet die Lösung des Räthsels darin, daß in § 1 ein Bürge gezahlt hat, diese Zahlung daher nach

Erlöschung der Bürgschaftsschuld musse noch auf die Hauptschuld angerechnet werden könne. Seuffert insbesondre äußert darüber auf S. 35 Folgendes:

„Auch wenn der fidejussor nach Ablauf seiner Haftpflicht zahlt, was der debitor schuldig ist, hat er nicht die condictio indebiti. Es ist das die Folge des in L. 44 de cond. indeb. (12. 6) niedergelegten Grundsatzes: „Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est.“ Wenngleich die Haftung des Bürgen zur Zeit der Genehmigung erloschen ist, so besteht doch die Schuld selbst noch fort, da sie nicht von der Verjährung der Bürgschaft berührt ist. Die nach Ablauf der für die Haftung des Bürgen bestimmten Zeit erfolgte Genehmigung kann den Bürgen jedenfalls nicht besser und überhaupt nicht anders stellen, als wenn er zur Zeit der Genehmigung gezahlt hätte. Da er auch letzteren Falls nicht das Gezahlte zurückfordern kann, so kann er dies auch nicht bei der früher erfolgten und später genehmigten Zahlung an den procurator. Der Unterschied des in L. 71 § 1 entschiedenen Falles von dem Falle der L. 25 § 1 liegt also darin, daß der Schuldner in der letztern lex, wenn er zur Zeit der Genehmigung zahlte, die condictio indebiti hätte, dem Bürgen der L. 71 § 1 aber nicht.“

Es ist nun vor Allem zu bemerken, daß Seuffert offenbar darin irrt, daß er das «repetere» der L. 71 § 1 von einer condictio indebiti gegen den Principal versteht [350]),

[350]) Hiermit steht im Zusammenhang das andre Mißverständniß, daß Seuffert das «si tum praesenti dedisset» von dem Fall versteht, daß der Bürge zur Zeit der Genehmigung dem Gläubiger gezahlt hätte — während doch das «tum» offenbar auf den Zeitpunkt der an den gestor erfolgten Leistung geht, und der Nachdruck gar nicht — wie Seuffert anzunehmen scheint — auf «tum», sondern blos auf «praesenti» liegt. Die Worte «tamen — — dedisset» wollen also Folgendes sagen: „Da der Bürge noch innerhalb seiner Haftzeit an den gestor geleistet

während doch die cond. causa data causa non secuta gegen den gestor gemeint ist. Denn wenn der Zeitablauf auf die Genehmigung von Einfluß wäre, so würde dieser Einfluß darin bestehen, daß die Genehmigung verspätet wäre, also der Dritte trotz derselben, die, durch den Zeitablauf nach dieser Ansicht entstandene cond. c. d. c. n. s. gegen den gestor behalten würde; von der cond. indebiti wäre gar keine Rede. Dies wird zum Ueberfluß durch L. 25 § 1 cit. bestätigt.

Die Frage ist also so zu stellen: Kann darum, weil nach Untergang der Bürgschaftsschuld immer noch die Hauptschuld besteht, die Ratihabition des Gläubigers noch gültig erfolgen d. h. (1.) die geschehene Leistung als gültige Erfüllung der Hauptschuld feststellen, (2.) dem Dritten die cond. c. d. c. n. secuta ersticken [350a]), und (3.) dem Gläubiger die actio negotiorum gestorum begründen?

Diese Frage müssen wir nun aber mit aller Entschiedenheit verneinen.

Jeder Bürge, welcher in normaler Weise Erfüllung leistet, erfüllt suo nomine, nicht im Namen des Hauptschuldners [351]). Allerdings geht durch gültige Erfüllung der Bürgschaftsschuld auch die Hauptschuld unter. Allein Das ist nur eine rechtliche Konsequenz; Was der Bürge will, ist seine eigne Befreiung. Nur durch das Medium dieser eignen Befreiung vollzieht sich, falls der Bürge geleistet hat, auch die Befreiung des Hauptschuldners. Ist also die solutio der eignen Schuld aus irgend

---

hat, so kann er (1.) das Geleistete nicht zurückfordern (nämlich vom gestor, mittelst cond. causa data causa non secuta), und (2.) gegen den Hauptschuldner die actio mandati contraria grade so gut anstellen, wie wenn er damals (nämlich als er an den gestor leistete) dem Gläubiger Selbst geleistet hätte."

[350a]) Denn der Zeitablauf an sich bringt nach dieser Auffassung die cond. c. d. c. n. s. noch gar nicht zur Entstehung, sondern erst die Versagung der Ratihabition.

[351]) Allerdings ist auch der Fall möglich, daß er im Namen des Hauptschuldners erfüllt. Vgl. L. 47 D. de cond. ind. (12, 6) („— — — si nomine tuo solverit fidejussor — — — sin autem fidejussor suo nomine solverit — — —").

welchem Grunde ungültig — alſo namentlich, weil gar keine Bürgſchaftsſchuld beſtanden hat, oder weil die entſtandene ſchon untergegangen iſt —, ſo bleibt die Hauptſchuld völlig intakt beſtehen; denn direkt auf ſie wollte der Bürge gar nicht einwirken. Da alſo dem Bürgen in ſolchen Fällen die gemachte Leiſtung nicht als Erfüllung der Hauptſchuld angerechnet werden kann, ſo hat er ungehindert die condictio indebiti.

Das Geſagte wird auf's Allervollkommenſte anerkannt in folgenden Stellen:

L. 32 § 1 D. de cond. ind. (12, 6) (von Julian):

«Fidejussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, et per imprudentiam solverit, condicere stipulatori poterit, et ideo reus quidem manet obligatus, ipse autem sua exceptione tutus est. — — —»

L. 59 D. eod. (von Papinian):

«Si fidejussor jure liberatus solverit errore pecuniam, repetenti non oberit; si vero reus promittendi per errorem et ipse postea pecuniam solverit, non repetet, cum prior solutio, quae fuit irrita, naturale vinculum non dissolvit, nec civile, si reus promittendi tenebatur.»

Würde alſo im Falle der L. 71 § 1 der Bürge erſt nach Ablauf ſeiner eignen Haftung, obgleich noch innerhalb der Haftzeit des Hauptſchuldners, dem Gläubiger irrthümlich gezahlt haben, ſo hätte er, nach Ausweis der ſoeben exhibirten Stellen, die condictio indebiti; es würde ſeine Leiſtung nicht etwa als Erfüllung der Hauptſchuld aufrechterhalten werden.

Folglich würde aber auch in dem Fall, wie er wirklich liegt, wo alſo der Bürge zwar innerhalb (auch) der eignen Haftzeit an den gestor des Gläubigers geleiſtet hat, die Ratihabition des Gläubigers aber erſt nach Ablauf dieſer Haftzeit erfolgt, die Leiſtung, wenn ſie nicht als Erfüllung der Bürgſchaftsſchuld

gültig wäre, überhaupt keine gültige Erfüllung) auch nicht Erfüllung der Hauptschuld sein. Es müßte also dem Bürgen, da er an den gestor zu dem Zwecke geleistet hat, daß durch Ratihabition des Gläubigers gültige solutio der Bürgschaftsschuld zu Stande gebracht werde, gegen den gestor die condictio causa data causa non secuta zustehen, actio negotiorum gestorum des Gläubigers aber aus dem geschehenen Eingug nicht erwachsen.

Da nun aber die Stelle die Ratihabition des Gläubigers nach Ablauf der Haftzeit des Bürgen noch zuläßt, also dem Bürgen die condictio (c. d. c. n. s.) versagt, die actio neg. gest. aber dem Gläubiger offenbar zuspricht, so muß nothwendig die Genehmigung der Erfüllung grade der Bürgschaftsschuld von Zelsus noch für zulässig gehalten werden — also grade der Schuld, deren Frist abgelaufen ist.

Daß Dem aber wirklich so sei, daß also Zelsus seine Entscheidung durchaus nicht mit dem Fortbestand der Hauptschuld motivirt, geht zum Ueberfluß noch ganz unzweideutig hervor aus den Worten:

«tamen quia fidejussor, quum adhuc ex causa fidejussionis teneretur, solvit pp.» —

Nach dem Gesagten ist klar, daß von Afrikan, dem Verfasser der L. 25 D. rat. rem hab., auch im Falle der L. 71 § 1 cit. die Entscheidung zu erwarten ist, daß die Ratihabition unzulässig sei, der Bürge also «agere cum procuratore potest, cum jam liberatus sit» (cf. L. 25 § 1 cit.).

Sonach müssen wir auch den Bechaus-Seuffert'schen Vereinigungsversuch [382]) verwerfen.

---

[382]) Merkwürdig ist die Art wie Poliganni (dottrina della ratihabitio pag. 41, 42) sich zu diesem schon von Cujacius aufgestellten, Versuch verhält. Zunächst tritt er ihm, mit sehr treffenden Gründen, folgendermaßen entgegen: «Questa interpretazione non è sembrata accettabile ad alcuni giuristi odierni (was freilich nicht richtig ist). Il adeiussore, si è detto, paga per estinguere la sua obligazione, ma, estinguendo questa, estingue ad un tempo anche il debito principale. Egli può ripe-

§ 18. Fortsetzung: Eine Hypothese.

III. Den mannichfachen an unsren beiden leges aufgestellten, u. E. vergeblichen, Vereinigungsversuchen wollen wir keinen neuen beifügen. Wir halten den Widerspruch in der That für unlösbar.

Vielleicht aber gelingt es uns, diesen Widerspruch zu erklären.

Da lenkt denn nun unsre Aufmerksamkeit der Umstand auf sich, daß L. 25 § 1 rat. rem hab. von dem Sabinianer Africanus, L. 71 § 1 de soll. aber vom Prokulejaner Celsus herrührt. Sollte nicht hierin die Erklärung des Widerspruches liegen?

Die Vermuthung, daß in der Ratihabitionslehre irgend welcher Gegensatz der beiden Rechtsschulen bestanden habe, ist schon

---

tere quel che abbia pagato per errore (L. 32 § 1; leg. 59, 47, 38 § 3 D. de condict. ind. 12, 6) quando il suo debito accessorio si fosse trovato estinto, a malgrado che l'obligazione principale fosse rimasta nel suo pieno vigore. Il creditore non può ricevere dal pagamento in soddisfazione del suo credito principale, e quello, per cui pagava, non aveva più una giuridica esistenza. Adunque, secondo il principio di Africano, la ratihabitio di tal pagamento non sarrebbe nemmeno ammessibile in questo caso, e perciò convenien dare una condictio al fideiussore.» Bald darauf lehrt er aber selber: «La sopraddetta contradizione, per nostro giudizio, si scoglie quando si consideri che nella legge 25 § 1 l'obbligazione già provveduta di azione trovasi extinta per virtù di prescrizione quando segue la ratifica; d'onde risulta che questa è inutile. Per lo contrario, nella legge 71 § 1 la ratificazione ha luogo quando l'obbligazione principale sussiste tuttavia, onde se per essa il debitore principale vien liberato, è giusto che al fidejussore, pel cui fatto avvenne cotesta liberazione, non si neghi il regresso contro di lui. Niente importa che il tempo abbia già prosciolto il fidejussore dall' obbligò assunto in tale qualità quando avvenne il ratificamento — — — — La ratifica del creditore libera il debitore, e però gli è giusto che al fidejussore si conceda l'actio mandati.» Wie sich Das mit dem Vorhergesagten verträgt, ist absolut nicht einzusehen.

oft ausgeſprochen, aber ebenſo oft auch als unbegründet zurückgewieſen worden[382]); ja L. Seuffert (a. a. O. S. 128) iſt der Anſicht, daß ſolche Vermuthungen lediglich der Gewohnheit entſprungen ſeien, auf die Entdeckung möglichſt zahlreicher Spuren des römiſchen Schulengegenſatzes Jagd zu machen. Vorläufig alſo ſind auch wir im Verdacht, zu dieſen Jägern gezählt zu werden.

Indeſſen dürfen wir jedenfalls für uns geltend machen, daß unſre Vermuthung keine willkührlich vorgefaßte iſt, ſondern daß ſie, als letztes Auskunftsmittel der Erklärung unſrer beiden Stellen, ſich uns aufdrängen mußte. Immerhin iſt ſie bis jetzt eine bloße Vermuthung, der weiteren Stützen alſo ſehr bedürftig.

Dieſe Stützen aber glauben wir in genügender Stärke beſchaffen zu können — dermaßen, daß wir für die Richtigkeit unſrer „Hypotheſe“ jedenfalls ausreichende Beſcheinigung, wenn nicht gar ſtringenten Beweis erbringen zu können glauben.

1. Betrachten wir uns zuvörderſt die Umgebung, in welcher der afrikaniſche Ausſpruch der L. 25 § 1 ſich befindet, ſo gewahren wir in der vorangehenden, ebenfalls von Afrikan herrührenden, L. 24 folgende Ausführung:

> (pr.) «Bonorum possessionem ab alio agnitam ratam haberi oportere eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit: itaque post centesimum diem rata haberi non potest. (§ 1.) An autem et si mortuus fuisset qui petisset vel furere coeperit, ratum haberi possit, videamus: nam si in universum perinde haberi debet, ac si tunc, cum ratum habeat, per eum bonorum possessionem petat, frustra his casibus ratum habetur. Sed illud consequens futurum etiam si poeniteat illum petisse, ratum haberi non posse; quod utique sit absurdum. Rectius itaque dicitur neutram causam impedire ratihabitionem.»

---

[382]) Vgl. Beckhaus, Ratihabition S. 1; Seuffert, Ratihabition S. 127, 128.

Wenn die von einem ſtellvertretenden negotiorum gestor vorgenommene Agnition der bonorum possessio ratihabirt wird, ſo ſoll nach einer gewiſſen Lehre Alles ſo gehalten werden, als ob der Prinzipal jetzo, im Augenblick der Ratihabition, die b. p. durch Jenes ſtellvertretende Thätigkeit erwerben wollte. Nach dieſem Prinzip entſcheidet Afrikan in der That den Fall der inzwiſchen eingetretenen Delationsverjährung. Konſequentermaßen hätte er auch in den Fällen des inzwiſchen eingetretenen Todes oder Wahnſinns des neg. gestor die Möglichkeit gültiger Ratihabition leugnen müſſen. Dieſe Conſequenz wirklich zu ziehen, davon hält ihn allerdings die Erwägung ab, daß ſonſt auch das, offenbar absurde, Reſultat ſich ergeben würde, daß durch Reue des neg. gestor die Ratihabition vereitelt werde. In der That hält alſo Afrikan, wie es ſcheint, das von ihm angezogene Prinzip («in universum perinde haberi debet, ac si tunc cum ratum habeat, per eum bonorum possessionem petat») nur inſoweit aufrecht, als er verlangt, daß im Augenblick der Ratihabition der Prinzipal überhaupt noch in der Lage ſei, die b. p. zu erwerben, wenn auch nicht grade durch jenen Stellvertreter («per eum») [351]). Allein irgendwo muß das Prinzip, deſſen Richtigkeit Afrikan unterſucht, in ſeiner vollen Schärfe wirklich aufgeſtellt geweſen ſein. Und da liegt doch wohl Nichts näher, als daß Afrikan „aus der Schule geſprochen“ hat. «In universum perinde haberi debet, ac si pp.» — Das iſt doch ſo doktrinär gefärbt wie nur denkbar.

Daß nun vom Standpunkte des «in universum pp.» — alſo, wie wir annehmen, vom ſabinianiſchen Standpunkte — die Entſcheidung der L. 25 § 1 ſo ausfallen mußte, wie geſchehen, iſt einleuchtend. Wenn der ſtellvertretende neg. gestor Erfüllung einer Schuld beigetrieben hatte, ſo mußte die ſabinianiſche Schule, analog dem für die b. possessio aufgeſtellten Prinzip, die Ratihabition ſo anſehen, als ob der Prinzipal nunmehr, im Augenblick der Ratihabition, durch jenen Stellvertreter die Schuld

---

[351]) In dem bezeichneten Umfange wird das Prinzip im pr. der Stelle geradezu formulirt («ratam haberi oportere eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit»).

abermals einziehen lasse, daß hiernach die Ratihabition unzulässig erscheinen mußte, wenn die Schuld inzwischen verjährt war, ist einleuchtend. Zu derselben Entscheidung mußte auch African gelangen; denn er mußte zu gültiger Ratihabition wenigstens dieses erfordern, daß der Prinzipal im Augenblick der Ratihabition überhaupt noch in der Lage sei, die Forderung (irgendwie) eintreiben zu können (wenn auch nicht grade durch jenen Stellvertreter); in dieser Lage war er aber nach verjährter Forderung eben nicht mehr. —

Ganz anders war offenbar der Standpunkt der Prokulejaner. Sie betrachteten die stellvertretende neg. gestio als einen Rechtsakt, welcher als solcher eine feste Grundlage für die bezielte rechtliche Wirkung abgiebt, welcher m. a. W. für den Vertretenen das Recht begründet, durch Genehmigung dieselbe Wirkung hervorzubringen, wie wenn er selber die Haupthandlung vorgenommen hätte. Während die Sabinianer den Akt des gestor im Momente der Genehmigung als wiederholt sich vorstellten, diesen wiederholten Akt erst als die Grundlage des gewollten rechtlichen Erfolgs betrachteten, und von diesem Gesichtspunkte die Erfordernisse gültiger Ratihabition bemaßen, anerkannten die Prokulejaner die Ratihabition einfach als Das, Was sie für die unbefangene Auffassung wirklich ist: als Bestätigung eines früheren, perfekten Rechtsgeschäfts[355]). Hiernach verstand sich von selbst, daß die Erfordernisse dieses früheren Rechtsgeschäftes — also Handlungsfähigkeit, Willensentschluß und Willensäußerung — sich nach dem Momente der wirklichen Vornahme richten mußten; von einem Einfluß nachträglichen Wahnsinns, Todes oder Widerrufes des gestor konnte gar keine Rede sein. Ferner war es vom Standpunkte der Prokulejaner nur konsequent, wenn sie der Ratihabition, wenigstens als Regel, rückwirkende Kraft beilegten; denn das vom gestor vorgenommene, als feste Grundlage rechtlich anzuerkennende, Geschäft war, wie

[355]) Vielleicht will Das auch der — freilich spätere — Paulus betonen, wenn er in L. 16 D. de b. p. (37, 1) sagt: — — rati enim habitio ad confirmationem prioris postulati (i. e. postulationis bonorum possessionis) pertinet.

jedes Geschäft im Zweifel in der Absicht abgeschlossen worden, den rechtlichen Erfolg als gegenwärtigen hervorrufen, und der entsprechende Wille muß bei dem ratihabirenden Prinzipal, eben weil er ja jenes alte Geschäft mit allen seinen Absichten, gutheißt, ebenfalls unterstellt werden[356]). Diese Ansicht von der rückwirkenden Kraft der Ratihabition mußte auf die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine wirksame Ratihabition erfolgen könne, von erheblichem Einflusse sein.

Daß die Auffassung der Ratihabition als eines konfirmirenden, und daher auch rückwirkenden Rechtsaktes nicht blos in einer einzelnen Anwendung auftauchte, sondern ein wirkliches, planmäßiges System war, ist wenigstens für die Person des Celsus ganz unleugbar[357]). Da ist es aber doch gewiß nicht zu kühn, dieses System als das überhaupt prokulejanische anzusehen — nachdem wir wissen, daß der Sabinianer Afrikanus ein entgegengesetztes, und zwar sehr abstrakt formulirtes, Prinzip («si in universum pp.») zitirt.

Daß aber vom prokulejanischen Standpunkte der Fall der L. 71 § 1 de soll. so entschieden werden mußte, wie geschehen, ist klar. Durch die vom Bürgen an den stellvertretenden neg. gestor des Gläubigers gemachte Leistung hat Letzterer das Recht erworben, durch Ratihabition zu entscheiden, daß jener Akt sofort gültige Erfüllung gewesen ist; der inzwischen erfolgte Zeitablauf hebt dieses Recht nicht auf; ratihabirt der Prinzipal jene Leistung, so ist die Schuld schon durch diese untergegangen, und fand also der Zeitablauf Nichts mehr vor, worauf er einwirken konnte. — [358]).

---

[356]) Vgl. L. 16 § 1 D. de pign. (20,1) (allerdings von dem, später lebenden, Marzian): «— — hoc ipso, quod ratum habet, voluisse eum retro currere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit. — —». Daß Marzian hier nicht von einem Falle der Stellvertretung spricht, verschlägt Nichts: sein Gedanke paßt auf diese so gut, wie auf den ihm vorliegenden Fall.

[357]) Man lese nur L. 71, §§ 1—3 de soll. im Zusammenhange.

[358]) Nach unseren Ausführungen ist klar, daß vom sabinianischen Standpunkte aus die Ratihabition keine rückwirkende Kraft hatte; es sollte ja Alles gehalten werden, als ob der gestor die Haupthandlung im

2. Eine weitere Bestätigung des von uns vermutheten prinzipiellen Gegensatzes liegt, wie wir glauben, in Folgendem.

Bis zur Stunde harrt einer wahrhaft befriedigenden Lösung oder doch Erklärung der Widerspruch zwischen L. 8 D. de N. G. (3, 5) und L. 60 D. de R. J. (50, 17)[359]).

In L. 8 cit. vertheidigt Scaevola mit Energie die, der Natur der Sache durchaus entsprechende, Ansicht, daß auch nach erfolgter Ratihabition dem dominus gesti negotii gegen den gestor die actio negotiorum gestorum, und nicht die actio mandati zustehe;

«nam utique mandatum non est.»

Mit derselben Entschiedenheit giebt er auch nach der Genehmigung dem gestor blos eine actio neg. gestorum contraria [360]).

Momente der Ratihabition vorgenommen hätte. Dieß veranlaßt uns zu folgender Bemerkung.

Man ist bis jetzt — und zwar unseres Wissens ausnahmslos — der Ansicht, daß der Satz «ratihabitio mandato comparatur» ein in Rückwirkung der Ratihabition anerkennender Satz sei (vgl. noch neuestens Pernice, Labeo Bd. 1 [1873] S. 518), daß er also die Genehmigung mit einem vor dem Geschäfte des gestor Diesem ertheilten Mandate auf Eine Stufe stelle. Nach meiner Ueberzeugung will aber jener, von Sabinus und Kassius herrührende (s. L. 1 § 14 D. de vi [43, 16]) Satz in der That, Dasselbe besagen, Was uns Afrikan in L. 24 § 1 D. rat. rem hab. mit den Worten «in universum pp.» als sabinianisches Prinzip mittheilt. Es soll darnach Alles so gehalten werden, als ob der Prinzipal im Momente der Genehmigung dem gestor ein Mandat zur Vornahme des Hauptaktes ertheile und dieses Mandat vollzogen werde: nicht mit einem mandatum praeteritum, sondern mit einem mandatum praesens vergleichen die Sabinianer die Ratihabition. Hiernach war aber von Rückwirkung der Ratihabition keine Rede; klare Bestätigung dafür liefert uns die L. 58 pr. D. de soll.: «Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit, quando liberetur? Et ait **Julianus**, cum dominus ratum habuerit, tunc liberari. — — —»

[359]) Ueber die unendlich verschiedenen Ansichten s. L. Seuffert, Ratihabition S. 49—52; seine eigene S. 52, 53. Vgl. ferner Pernice, Labeo Bd. 1 S. 516—518.

[360]) Dies geht mit Sicherheit aus den Worten: «ipse denique si impendit, quemadmodum recipiet? pp.» hervor.

In L. 60 cit. aber ſagt Ulpian mit dürren Worten:

> «Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.»

Der — u. E. ganz unverſöhnbare Widerſpruch beider Stellen kann nur auf folgende Weiſe erklärt werden.

Der ſabinianiſche Satz: «ratihabitio mandato comparatur», den wir vorhin in ſeiner Anwendung auf das Verhältniß des Prinzipals nach Außen betrachteten, hatte in Bezug auf das Verhältniß zwiſchen Prinzipal und gestor [361]) dieſen Sinn, daß, wenn der Prinzipal genehmige, Alles ſo gehalten werden müſſe, als ob der gestor im Momente der Ratihabition die betreffende Handlung im Auftrage des Prinzipals vornehme. Sonach hatten alſo Prinzipal und gestor nach des Erſteren Genehmigung wirkliche, leibhaftige actiones mandati gegeneinander. Daß hiermit Ulpian — ſei es nun bewußt oder unbewußt — wirklich den ſabinianiſchen Standpunkt vertheidigt, dafür giebt mindeſtens ein ſtarkes Indizium ab die L. 8 cit. verbb.:

> «Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero tamen [362]), negotiorum gestorum te mihi non teneri. pp.»

Der Sabinianer Pomponius war, wie nicht bezweifelt werden kann, der Anſicht, daß, wenn Ratihabition erfolgt ſei, zwiſchen gestor und Prinzipal keine actiones neg. gestorum, ſondern actiones mandati zuſtändig ſeien. Letzteres wird zwar in der Stelle nicht ausgeſprochen, iſt aber nicht nur nach unſren bisherigen Ausführungen zu erwarten, ſondern auch darum

---

[361]) Zwiſchen welchen beiden Perſonen eine neg. gestio natürlich auch dann vorliegen kann, wenn der gestor nach Außen hin nicht als Stellvertreter gehandelt hat.

[362]) So leſe ich mit Krüger. Vgl. die Mommſen'ſche Digeſtenausgabe.

höchſt wahrſcheinlich, weil dem Pomponius die Absurdität, jene beiden Intereſſenten nach der Genehmigung ganz ohne Rechtsſchutz zu laſſen, unmöglich zugetraut werden kann.

Vom prokulejaniſchen Standpunkte dagegen war die Frage, ob aus der Ratihabition einer negotiorum gestio die Mandatsklagen erwachſen, entſchieden zu verneinen.

Analog ihrer Auffaſſung des Verhältniſſes nach Außen, mußten die Prokulejaner die Handlungen des gestor auch bezüglich der Relevanz derſelben für das innere Verhältniß als perfekte Rechtsakte betrachten; die Genehmigung hat hiernach Bedeutung höchſtens für die rechtliche Wirkung jener Akte, ſei es daß ſie dieſe Wirkung erzeugt, vergrößert oder verringert; am Weſen der Thätigkeit des gestor kann die Ratihabition ſelbſtredend Nichts ändern; dieſe Thätigkeit iſt und bleibt eine ſpontane geweſen:

«nam utique mandatum non est.»

Freilich iſt von Scaevola, der dieſe Anſicht verficht, unſicher, ob er überhaupt zu einer der beiden Rechtsſchulen, und eventuell zu welcher er gehört hat. Jedenfalls aber vertritt er in der vorliegenden Stelle denjenigen Standpunkt, welchen wir mit Fug als den prokulejaniſchen bezeichnen dürfen.

3. Eine ganz beſonders intereſſante Beſtätigung unſrer „Hypotheſe" dürfte endlich in Folgendem liegen.

Die Frage, ob Ratihabition eines von einem Andern begangenen Deliktes möglich ſei, war, wenn unſre bisherigen Ausführungen richtig ſind, folgendermaßen zu beantworten.

Vom prokulejaniſchen Standpunkte war ſie durchaus zu verneinen. Denn eine Stellvertretung giebt es bei der Begehung von Delikten überhaupt nicht. Daß alſo außer dem Delinquenten ſelbſt noch eine andre Perſon hafte, konnte höchſtens aus dem Geſichtspunkte behauptet werden, daß dieſelbe ſich der Anſtiftung oder Beihülfe ſchuldig gemacht habe. War aber das Delikt bereits vollſtändig begangen, ſo war Daſſelbe nach natürlicher, und, wie wir annehmen, prokulejaniſcher Anſchauung ein perfekter Akt, bezüglich deſſen Nichts mehr anzuſtiften und

Nichts mehr zu helfen war. Der Ratihabent des Delikts haftete also nicht[363]).

Eine andre Entscheidung dürfen wir von den Sabinianern erwarten. In Anwendung ihres Satzes «ratihabitio mandato (praesenti) comparatur» mußten sie Alles so halten, als ob der Prinzipal im Augenblick der Ratihabition den Thäter angestiftet und derselbe nun das Delikt begangen habe; folglich war der Ratihabent bei allen denjenigen Delikten, wo überhaupt die Anstiftung haftbar machte, neben dem Thäter verantwortlich.

Diese Erwartung wird aber in der That mit aller wünschenswerthen Klarheit bestätigt durch folgende Stelle:

L. 1 § 14 D. de vi (43, 16):

> «Sed et si quod alius dejecit, ratum habuero, sunt qui putent **secundum Sabinum et Cassium**, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri dejecisse interdictoque isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur etiam (M.) in maleficio ratihabitionem mandato comparari.» (Ulp.)

Vergl. auch L. 3 § 10 eod.:

> «Cum procurator armatus venit, et ipse dominus armis dejecisse videtur, sive mandavit, sive, ut Julianus ait, ratum habuit.» (Ulp.)

Diese Stellen bedürfen, nach unsren seitherigen Erörterungen, keines Kommentars.

Nachdem wir nunmehr, wie wir hoffen, unsrer Hypothese genügende Begründung und Festigung gegeben, und hierdurch den Widerspruch der L. 25 § 1 und L. 71 § 1 citt. erklärt haben,

---

[363]) Ausgenommen natürlich die Fälle, wo in der Ratihabition des begangenen Delikts ein selbstständiges, neues Delikt (z. B. eine Beleidigung) liegt.

ist nur noch zu fragen, welche der beiden Stellen im justinianischen Rechtskörper der andern vorgehe. Und da kann die Antwort nicht zweifelhaft sein. «Sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt» (L. 25 C. de donatt. int. vir. et ux. [5, 16]); «cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio retrorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsecuta sunt» (L. 7 pr. C. ad S. C. Mac. [4, 28]) — diese Aussprüche entscheiden alle bezüglich der Ratihabition von Rechtsgeschäften [364]) bestandenen «veterum ambiguitates» (cf. L. 7 pr. cit.) zu Gunsten der prokulejanischen Ansicht. „Konfirmation" des alten Rechtsgeschäfts, nicht fingirte Mandirung und Ausführung eines neuen; Rückwirkung, nicht bloße „Vorwirkung" — Das sind die klaren, von jenen Konstitutionen vorgezeichneten Prinzipien, nach denen wir auch den vorliegenden Fall zu entscheiden haben. Da haben wir aber oben genugsam gezeigt, daß grade die rückwirkende Kraft der Ratihabition es ermöglicht, daß auch nach Ablauf der für eine Schuld bestehenden Verjährungsfrist eine gültige Ratihabition des vor jenem Ablauf erfolgten Einzugs geschehen kann [365]).

Konsequentermaßen müssen wir alle andern Fälle entscheiden, wo das Recht des Prinzipals, über welches der gestor disponirt hat, nach dieser Disposition durch Zeitablauf untergeht. Hat also z. B. der gestor an einem Grundstücke des Prinzipals eine Pfandrechts- oder Servitutbestellung vorgenommen, und nun ersitzt ein Dritter das Grundstück, so kann der Prinzipal jene Akte des gestor immer noch genehmigen.

Doch müssen wir in Einer Gruppe von Fällen eine

---

[364]) Bezüglich der Ratihabition von Delikten scheint mir die sabinianische Ansicht rezipirt zu sein.

[365]) Wegen der praktischen Bedenken, welche dieses Resultat erwecken könnte, s. oben § 17, I. Beizufügen ist noch der Hinweis darauf, daß unser Resultat nicht bedeutet, die Ratihabitionsmöglichkeit sei eine endlose. Denn diejenigen Schranken der Ratihabitionsbefugniß, welche im folgenden § (19) von uns werden besprochen werden, gelten natürlich auch für den gegenwärtigen Fall.

Ausnahme ſtatuiren. Es wird nämlich der Fall, daß eine bonorum possessio von einem ſtellvertretenden neg. gestor agnoſzirt wird, nicht nur von African (L. 24 pr. rat. rem hab.), ſondern offenbar ganz allgemein im Sinn der Sabinianer entſchieden. Denn in einem ganz analogen Fall ſagt Marzellus (L. 5 pr. D. quis ordo [38, 15]):

> «Cum filio familias bonorum possessio delata est, dies, quibus certiorare patrem non potest, ut vel jubeat adgnosci bonorum possessionem vel ratam habeat agnitionem bonorum possessionis, non cedunt. Fingamus statim primo die, quo fuerit delata, adgnovisse eum bonorum possessionem, certiorare patrem, ut comprobet, non posse, non cedent dies centum: incipient autem cedere, cum certior fieri potuit. Praeteritis autem centum diebus frustra ratum habebit.»

Allerdings ſpricht Marzellus nicht von der Agnition durch einen Stellvertreter; allein derjenige Grund, welcher ihn zu ſeiner Entſcheidung beſtimmt, oder welcher doch dieſe Entſcheidung thatſächlich rechtfertigt, trifft ganz ebenſo auf den Fall der Stellvertretung zu. Jener Grund iſt aber offenbar der, daß, falls ſicher iſt, daß die gegenwärtige Delation der b. possessio zu keinem Erwerbe der letztern führt, die b. poss. nun andern Perſonen deferirt wird: die Rückſicht auf die Expektanz derſelben macht es dringend wünſchenswerth, daß über Erwerb oder Nichterwerb aus der gegenwärtigen Berufung möglichſt bald entſchieden ſei; daher kann, ſowenig wie in L. 5 pr. cit. der Gewalthaber des Delaten, im Falle der ſtellvertretenden neg. gestio der Delat nach Ablauf der Agnitionsfriſt noch ratihabiren.

Aeußere und innere Gründe berechtigen uns alſo, die nach verjährtem Rechte des Prinzipals erfolgende Ratihabition überhaupt in allen den Fällen für unzuläſſig zu erklären, wo jene Verjährung im Intereſſe ſolcher dritten Perſonen eintritt, welche in Folge des Untergangs jenes Rechts kraft einer beſonderen

Berufung durch die Rechtsordnung ein eignes Recht erlangen[366]) So iſt z. B. zu behaupten, daß ein Erbſchaftsdelat, welcher ſich auf Andrängen eines Subſtituten ein spatium deliberandi hatte geben laſſen, nach Ablauf dieſes spatium den von einem neg. gestor erklärten Antritt nicht mehr gültig ratihabiren kann.

§ 19. Rücktritt.

Kann die Genehmigung des Prinzipals dadurch vereitelt werden, daß in der Zwiſchenzeit der gestor, oder Deſſen Mitpaziſzent, oder Beide ihren Rücktritt vom Hauptgeſchäft erklären?

Um in dieſer vielbeſtrittenen[367]) Frage klar zu ſehen, müſſen wir folgende Fälle unterſcheiden.

I. Rücktritt von einem im Namen des Prinzipals vorgenommenen einſeitigen Rechtsgeſchäft.

Ein ſolcher muß für abſolut unzuläſſig erklärt werden. Der gestor hat durch ſeine Handlung dem Prinzipal das Recht, durch ſeine Genehmigung den vom gestor angeſtrebten rechtlichen Erfolg in's Leben zu rufen, begründet, und kann an dieſer Situation Nichts mehr ändern. Denn ein eigenes, berechtigtes Intereſſe des gestor, jenen Erfolg zu verhindern, iſt nicht denkbar; er hat ſich ja durch ſeine ſtellvertretende Thätigkeit gänzlich in die Intereſſen des Prinzipals verſetzt[368]). Was aber Deſſen Intereſſen angeht, ſo dürfen wir mit L. 38 D. de neg. gest.

---

[366]) „kraft einer beſondern Berufung“: wegen Fehlens dieſes Moments iſt nicht z. B. der Fall gemeint, wenn ein Dritter die Sache des Prinzipals, worüber der gestor eine Verfügung getroffen hat, erſitzt (ſ. o.).

[367]) Vgl. L. Seuffert, Ratihabition S. 39—43, 29—32 und die von ihm Angeführten. Außerdem ſ. Regelsberger, krit. Vierteljahrsſchrift Bd. 11 S. 367—371; Curtius, Archiv für die zivil. Praxis Bd. 58 S. 106, 107.

[368]) Vgl. L. 23 D. de neg. gest. (3, 5) verb. «procurator — — — creditoris dumtaxat negotium gessit».

ſagen: «naturalis — — simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse»[369]). Geſchaffen hat er dem Prinzipal die Ratihabitionsbefugniß, auch ohne, eventuell ſelbſt gegen Deſſen Willen; nehmen kann er ſie ihm nicht.

Das Geſagte findet klare Beſtätigung in L. 24 § 1 D. rat. rem hab. (46, 8):

> «— — Sed illud consequens futurum etiam si poeniteat illum petisse, ratum haberi non posse: quod utique sit absurdum — —:»

Jeder Gedanke daran, daß dieſe Entſcheidung von einem favor bonorum possessionis diktirt worden ſei, muß ſchwinden gegenüber der von Afrikan gegebenen Motivirung: die „Abſurdität" bleibt dieſelbe bei allen Rechtsgeſchäften.

II. Rücktritt von einem im Namen des Prinzipals geſchloſſenen Vertrag.

Hier muß uns Leitſtern ſein die, für die vorliegende Frage viel zu wenig beachtete, L. 58 pr. D. de soll. (46, 3).

An deren Hand unterſcheiden wir folgendermaßen:

1) Der Vertrag iſt abgeſchloſſen worden in der (ausdrücklich oder ſtillſchweigend) erklärten Erwartung der Genehmigung, alſo mit dem (erklärten) Bewußtſein, daß die Vollmacht des Stellvertreters noch von der Genehmigung abhänge.

a) Direkt beſprochen in den Quellen iſt hier der Fall, daß der gestor eine Forderung des Prinzipals in deſſen Namen einkaſſirt hat, und zwar in der — bei den Römern, wie es ſcheint, üblichen[370]) — Weiſe, daß das Eigenthum des Geldes auf den

---

[369]) Daß die «melior condicio» dieſer Stelle ſofortige Schuldbefreiung, die in unſerem Falle geſchaffene melior condicio dagegen eine Ratihabitionsbefugniß iſt, hindert uns nicht, die Analogie beider Situationen geltend zu machen.

[370]) Dies geht hervor aus L. 23, D. de neg. gest.; denn hier wird der Fall, wo ich «hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa

gestor übertragen wurde, daß m. u. W. Letzterer zwar Stellvertreter in dem Geschäfte der solutio, aber Zwischenperson in dem Geschäfte der traditio war. L. 58 pr. cit. sagt:

«Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit, quando liberetur? Et ait Julianus, cum dominus ratum habuerit, tunc [371]) liberari. Idem ait, antequam dominus haberet ratum, an condici ex ea causa possit? Et ait interesse, qua mente solutio facta esset, utrum ut statim debitor liberetur an vero cum dominus ratum habuisset [372]): priore casu confestim posse condici procuratori et tunc demum extingui condictionem, cum dominus ratum habuisset, posteriore tunc demum nasci condictionem, cum dominus ratum non habuisset.»

Der Schuldner, welcher an den negotiorum gestor des Gläubigers in der Erwartung künftiger Ratihabition gezahlt hat, kann erst dann eine condictio anstellen, «cum dominus ratum non habuisset»; einstweilen muß er also die Ratihabition abwarten [373]). Allerdings nun leugnet die Stelle nur die Möglich-

---

creditoris fieret» offenbar als etwas Außergewöhnliches hingestellt. Es liegt Das auch in der Natur der Sache; denn in dem bezeichneten Falle ist der gestor genöthigt, das empfangene Geld müßig liegen zu lassen.

[371]) Das ist natürlich seit Justinian's L. 25 C. de donatt. int. v. et ux. und L. 7 pr. C. ad S. C. Mac. entschieden unrichtig. Davon bleibt aber der Kern der von Julian im Folgenden gemachten Unterscheidung unberührt; sie bedarf nur einer kleinen Aenderung im Ausdruck (s. Anmerk. 372).

[372]) Für das justinianische Recht muß der Gegensatz so gefaßt werden: «utrum ut statim certum sit debitorem liberari, an vero ut pendeat liberatio a ratihabitione domini». Auch im letztern Fall nimmt das justinianische Recht — und m. E. mit Fug — an, daß die Absicht des Zahlenden die sei, sofort frei zu werden (von Kapitalschuld und daher auch von Zinsenlauf); nur unterwirft er sich einer zeitweiligen Unsicherheit dieser Befreiung.

[373]) Die eventuell zuständige condictio ist die cond. causa data non secuta.

keit, daß der Schuldner in der ersten Zeit (einseitig) die Rückgabe des Geleisteten erzwinge. Allein sowenig wie hierdurch, sowenig kann dem Gläubiger die Genehmigungsbefugniß durch Vertrag (z. B. freiwillige Rückgabe) oder gar durch einseitige Erklärung des gestor vereitelt werden. Durch die an den gestor geschehene Leistung hat der Gläubiger das feste Recht erlangt, durch Genehmigung jenes Rechtsaktes demselben den Charakter gültiger Schulderfüllung zu verleihen und sich dadurch die actio negotiorum gestorum zu verschaffen. Der gestor hat zwar nicht auch, wie in L. 23 de neg. gest., in accipiendo dominio, aber doch in exigendo debito, also bezüglich der Erlangung des wirthschaftlichen Vortheils der Forderungsbefriedigung, «creditoris dumtaxat negotium» gerirt.

Erst dann soll nach L. 58 pr. cit. der Schuldner vom gestor kondiziren dürfen, «cum dominus ratum non habuisset». Unter diesen Ausdruck fällt aber nicht nur eine wirkliche (ausdrückliche oder stillschweigende) Versagung der Ratihabition, sondern auch der Fall, daß der Gläubiger eine gewisse Zeit verstreichen läßt, ohne Ratihabition oder Reprobation zu erklären. Welche Zeit Das ist, wird in L. 13 D. de soll. (von Julian) und L. 12 § 2 D. rat. rem hab. (von Ulpian) gesagt. Letztere Stelle lautet:

> «Julianus ait interesse, quando dominus ratam habere deberet solutionem in procuratorem factam, an [374]) tunc demum, cum primum certior factus esset. Hoc autem ἐν πλάτει accipiendum et cum quodam spatio temporis nec minimo nec maximo et quod magis intellectu percipi quam elocutione exprimi possit. Quid ergo, si, quod primo ratum non habuit, postea habebit ratum? Nihilomagis proficere ad impediendam actionem suam et ob id, quod primo non habuit ratum, actionem salvam habere ait. Ideoque si, quod procuratori fuerat solutum, exegerit agi pe-

[374]) Statt «an» muß offenbar stehen «et ait» oder dergl. Vgl. Mommsen ad h. l.

> rinde ex ea stipulatione (sc. ratam rem haberi) poterit, ac si ratum habere se postea non dixisset — — —.»

Alſo nur binnen einer angemeſſenen Bedenkfriſt nach erlangter Kenntniß von dem Geſchehenen kann der Prinzipal ratihabiren; iſt dieſe Friſt verſtrichen, ohne daß er ſich erklärt hat, ſo kann er nicht mehr genehmigen [375]).

---

[375]) Die Möglichkeit, daß der Gläubiger nach Verfagung der Ratihabition oder nach unbenütztem Ablauf der Bedenkfriſt noch gültig ratihabiren könne, wird in L. 12 § 2 von Julian ganz entſchieden verneint. Trotz dieſer nachträglichen Ratihabition, ſagt Julian, könne der Gläubiger den Schuldner doch auf Zahlung verklagen (nihilomagis proficere ad impediendam actionem suam); habe er daher den vom gestor eingezogenen Betrag nunmehr Selber einkaſſirt (si, quod procuratori fuerit solutum, exegerit), ſo könne der Schuldner nunmehr den gestor aus der von Dieſem geleiſteten stipulatio rat. rem hab. ohne Rückſicht auf jene nachträgliche Ratihabition verklagen (agi perinde ex ea stipulatione poterit, ac si ratum habere se postea non dixisset). (Daß der Schuldner, wenn keine stip. rat. rem hab. geleiſtet wäre [cf. L. 22 pr. rat. rem hab.], die condictio c. d. c. n. s. ohne Rückſicht auf jene nachträgliche Ratihabition hätte, würde Julian natürlich ebenſowenig bezweifeln. Dieſe condictio würde nicht einmal vorausſetzen, daß der Gläubiger den Betrag vom Schuldner eingetrieben hat, ſondern nur, daß die Ratihabition verſagt oder die Bedenkfriſt verſtrichen iſt.)

Nun fügt freilich Ulpian dem aus Julian erſtatteten Referate die Bemerkung bei: «Sed ego puto exceptionem doli mali locum habituram» — womit offenbar geſagt ſein ſoll, daß der Schuldner es in ſeiner Hand habe, der nachträglichen Ratihabition dadurch Geltung zu verſchaffen, daß er der Klage des Gläubigers eine exceptio doli entgegenſetze; die Folge davon würde ſein, daß condictio resp. actio ex stipulatu gegen den gestor (letztere wenigſtens im Weſentlichen) zeſſiren würden (erſtere ebenfalls per exceptionem doli, letztere, weil überhaupt nur auf das Intereſſe gerichtet, ipso jure).

Es iſt aber

1.) zu konſtatiren, daß dieſe Meinung in entſchiedenem Widerſpruche nicht nur mit Julian, ſondern auch mit einem Ausſpruche des Paulus ſteht. Dieſer Juriſt ſagt nämlich in L. 62 D. de soll.:

> «— — — cum negotium meum gerens a debitoribus meis acceperis, deinde ego ratum non habuero et mox agere velim egotiorum gestorum actione, an utiliter agam, si caveam te idemnem futurum (nämlich gegenüber des Geſtors condictio c.

b) Nach Analogie des sub a) beſprochenen Falles werden wir alle andern Fälle entſcheiden, wo ein Rechtsgeſchäft mit einem ſtellvertretenden negotiorum gestor in Erwartung der Genehmigung abgeſchloſſen worden iſt: die Fälle alſo, wo der Dritte durch jenes Rechtsgeſchäft dem Prinzipal unmittelbar einen rechtlichen Vortheil verſchaffen will, alſo ohne daß dieſer Vortheil (wie sub a)) durch die Perſon des gestor erſt hindurchgehen

---

d. c. n. s. resp. actio ex stipulatu). Quod quidem ego non puto: nam sublata est negotiorum gestorum actio eo, quod ratum non habui: et per hoc debitor mihi constituitur»

(womit Paulus m. E. ſagen will, daß durch die Verſagung der Ratihabition oder dem Ablauf der Bedenkfriſt definitiv entſchieden werde, Wer dem Gläubiger ſchulde, nämlich der alte debitor und nicht der gestor. Auf dieſe Weiſe iſt der Einſchiebungsvorſchlag Mommſen's [vgl. Denſ. ad h. l.] unnöthig). Allerdings ſpricht Paulus nur dem Gläubiger die Möglichkeit ab, auf einem Umwege nachträglich noch zu ratihabiren. Allein es iſt ganz klar, daß Paulus ebenſo auch die von Ulpian ſtatuirte Milderung verworfen haben würde. Denn wenn man mit Ulpian dem Schuldner geſtatten will, ſich, mittelſt exceptio doli, auf die verſpätete Genehmigung zu berufen, ſo könnte dieſe Geſtattung nur mit den Konſequenzen gedacht werden, daß der Schuldner gegen den gestor nun nicht mehr mit Erfolg die condictio c. d. c. n. s. resp. die actio ex stipulatu anſtellen, der gestor aber dem Gläubiger mit actio neg. gestorum (wiederum) haftbar werden würde. Grade der letztgenannten Konſequenz würde aber Paulus den Proteſt entgegenſetzen: «sublata est negotiorum gestorum actio eo, quod ratum non habuit: et per hoc debitor ei constituitur»; konſequent hätte er dem Gläubiger ſeine Klage gegen den Schuldner, und Letzterm gegen den gestor condictio resp. actio ex stipulatu verſtattet.

2.) Bei dieſem offenbaren Widerſpruche zwiſchen Ulpian einer- und Paulus und Julian anderſeits dürfen wir uns wohl für Dasjenige entſcheiden, Was uns ſachgemaß ſcheint, um ſo mehr, als Ulpian für ſein «ego puto» nähere Gründe beizubringen nicht beliebt hat. Mir nun ſcheint Ulpian's Milde hier eine entſchieden verwerfliche Weichherzigkeit zu ſein, die mehr Verwirrung als Nutzen zu ſtiften im Stande wäre. Namentlich könnte es für den gestor Unannehmlichkeiten und Schäden mannichfacher Art im Gefolge haben, wenn er, der nach Verſagung resp. Ausbleiben der Ratihabition dem Schuldner haftet, durch die nachträgliche Ratihabition des Gläubigers Dieſem haftbar werden würde. Man denke z. B. an den Fall, daß der gestor im Hinblick auf ſeine Regreßhaftung eine kompenſable Gegenforderung gegen den gestor erworben hat.

ſoll. Dahin gehört z. B., wenn der gestor Namens des Prinzipals einen obligatoriſchen Vertrag geſchloſſen hat, wenn er dem Prinzipal eine Servitut hat beſtellen laſſen, wenn er eine Erfüllung in der Weiſe angenommen hat, daß der Prinzipal durch Ratihabition unmittelbar Eigenthümer des Geleiſteten werden ſoll.

Auch in allen ſolchen Fällen werden wir zu ſagen haben, daß vorläufig ein Rücktritt Seitens der Kontrahenten ganz und gar unzuläſſig iſt. Weder einſeitige Kündigung des Dritten, noch — quod utique esset absurdum — Kündigung des gestor, noch endlich Vertrag zwiſchen Beiden kann das Genehmigungsrecht des Prinzipals vereiteln. Für den eben beſchriebenen Fall der Erfüllungsannahme beſitzen wir ein direktes Zeugniß in L. 23 D. de neg. gest.:

> «Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: et ideo creditoris ratihabitione liberor.»

Die Stelle ſpricht nur von der Unzuläſſigkeit des einſeitigen Rücktritts des Schuldners. Allein daß ſie auch den Rücktritt des gestor und denjenigen beider Kontrahenten vereint für unerheblich hält, iſt darum ganz unwiderſprechlich, weil der Grund «quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit» auf den gestor grade ſowohl paßt, wie auf den Dritten: da Dieſer das Geld als Stellvertreter des Prinzipals in Empfang nahm, ſo hat er hiermit ein fremdes Recht, das Ratihabitionsrecht des Prinzipals begründet, und über fremde Rechte ſteht ihm ſowenig Diſpoſition zu, wie dem Dritten. Ja es kommt gegen jede Rücktrittshandlung des gestor (ſei es als einſeitige oder als Glied eines Rücktrittsvertrags) der weitre Umſtand in Betracht, daß der gestor die Intereſſen ſeines Prinzipals zu fördern, nicht zu ſchädigen hat, weshalb es gradezu «absurdum» (L. 24 § 1 D. rat. rem b.) wäre, jener Handlung rechtliche Bedeutung beizulegen. Eben

wegen dieſer Abſurdität hat Paulus in L. 23 cit. die Rücktrittserklärung des gestor gar keiner Erwähnung gewürdigt. —

Die Ratihabitionsbefugniß des Prinzipals hört aber auf nicht nur wenn er die Genehmigung verſagt hat, ſondern auch wenn er, nachdem er von dem abgeſchloſſenen Vertrage benachrichtigt worden iſt, eine den Umſtänden angemeſſene Bedenkzeit hat verſtreichen laſſen, ohne ſich zu erklären. Einer condictio causa data causa non secuta (gegen den gestor) bedarf der Dritte natürlich nicht, da er ja dem gestor gar Nichts übertragen hat[376]).

2) Der Vertrag iſt abgeſchloſſen worden in der (ausdrücklich oder ſtillſchweigend) erklärten Unterſtellung, daß Vollmacht des gestor ſchon jetzt (entſchieden) vorhanden, Genehmigung alſo nicht nöthig ſei.

a) Für den Fall, daß der gestor eine Forderung des Prinzipals zwar in Deſſen Namen einkaſſirt, aber ſo, daß er, der gestor, Selber Eigenthümer des Geldes wird, ſagt unſre L. 58 pr. de soll.:

> «confestim posse condici procuratori et tunc demum extingui condictionem, cum dominus ratum habuisset».

Der Dritte hat an den gestor geleiſtet, um ſofort entſchieden befreit zu ſein; dieſer Zweck iſt aber bei der Sachlage ein unmöglicher, und erwächſt daher ſofort eine condictio sine causa. Ratihabirt freilich der Gläubiger — natürlich binnen angemeſſener Bedenkfriſt nach erhaltener Kenntniß vom Geſchehenen — ſo wird keinerlei vernünftiges Intereſſe verletzt, wenn die Genehmigung für gültig, und des Schuldners cond. sine causa für erloſchen erklärt wird[377]).

---

[376]) Ausgenommen höchſtens den Beſitz, der dann allerdings taugliches Objekt jener condictio ſein würde.

[377]) Denn es wird ja durch die Ratihabition gerade derjenige Zuſtand bewirkt, den die beiden Partheien zu unterſtellen erklärt hatten, den alſo wenigſtens der Schuldner bei ſeinen wirthſchaftlichen Maßnahmen ſeither in Rechnung zog. Sobald aber der Schuldner von der wahren

Der Gläubiger kann alſo dem Schuldner durch ſeine Ratihabition zuvorkommen. Es fragt ſich nur noch, wodurch der Schuldner (nachdem er die wahre Sachlage erfahren hat) dem Gläubiger zuvorkommt. Meines Erachtens muß es nicht nur genügen, wenn der Schuldner die condictio sine causa bis zur Litiskonteſtation gebracht, ſondern auch wenn er ſeine Abſicht, das Geleiſtete vom gestor zurückzuverlangen, entweder Dieſem oder dem Gläubiger gegenüber erklärt hat. Denn von nun an muß er mit Fug auf dieſe Wendung der Angelegenheit bauen können. Obgleich alſo Julian ganz allgemein ſagt:

«extingui condictionem, cum dominus ratum habuisset»,

ſo dürfen wir doch ganz unbedenklich annehmen, daß er bei näherer Ueberlegung alle diejenigen Fälle ausgenommen haben würde, wo das Erlöſchen der Kondiktion das ſoeben bezeichnete berechtigte Intereſſe des gestor verletzen würde, daß er alſo in allen ſolchen Fällen die Kondiktion für unverſehrt fortbeſtehend, die Ratihabition aber von nun an für unzuläſſig erklärt hätte.

b) Analog dem Falle a) glauben wir alle andern Fälle entſcheiden zu ſollen, wo in der erklärten Unterſtellung der ſchon (entſchieden) vorhandenen Vollmacht gehandelt worden iſt — alſo die Fälle, wo der Dritte durch das mit dem gestor geſchloſſene Rechtsgeſchäft dem Prinzipal unmittelbar einen rechtlichen Vortheil zuwenden wollte (z. B. durch obligatoriſchen Vertrag durch Eigenthumsübertragung). Wir werden hier zu ſagen haben, daß dem Dritten ſofort, zwar natürlich keine condictio sine causa [378]), wohl aber ein einfaches Rücktrittsrecht [379]) zuſteht,

---

Sachlage erfuhr, hatte er es in der Hand, die an den gestor gemachte Leiſtung anzufechten und dadurch die Ratihabition zu vereiteln (ſ. das im Text Folgende); hat er Das nicht gethan, ſo iſt es nicht unbillig, wenn er, falls Ratihabition erfolgt, bei ſeiner Leiſtung feſtgehalten wird.

[378]) Außer höchſtens auf die possessio; nämlich ſofern er dieſe auf den gestor übertragen hätte.

[379]) Der Rücktritt muß, wie sub a), dem gestor oder dem Prinzipal gegenüber erklärt werden. Denn es handelt ſich, wie dort, um Rücktritt von einem Vertrage, den der Rücktretende geſchloſſen hat.

durch deſſen Ausübung die Ratihabition unmöglich gemacht wird; daß aber umgekehrt der Prinzipal der Ausübung des Rücktrittsrechts dadurch zuvorkommen kann, daß er — natürlich binnen angemeſſener Bedenkfriſt nach erhaltener Kenntniß vom Geſchehenen — ratihabirt.

Dieſe, durch Anwendung der Analogie gewonnene, Entſcheidung entſpricht auch der natürlichen Sachlage. Denn einerſeits muß es dem Dritten, der auf ſofortige, entſchiedene rechtliche Beziehungen zum Prinzipal gerechnet hat, ſofort freiſtehen, ſich von dem — nicht unterſtellten — Schwebezuſtand loszumachen. Andrerſeits aber tritt man ihm nicht zu nahe, wenn man, ehe er eine Rücktrittserklärung abgegeben hat, die Ratihabition des Prinzipals zuläßt; denn entweder wußte im Moment der Ratihabition der Dritte noch nicht um die Sachlage: dann wird ſeiner bisherigen Vorſtellung durch die Ratihabition in jeder Hinſicht Genüge geleiſtet; oder der Dritte wußte ſchon um die Sachlage: dann war es kein unbilliges Verlangen, wenn das Recht von ihm forderte, daß er, wenn er zurücktreten wollte, Dieſes (in gehöriger Weiſe) erkläre. —

Das von uns ſtatuirte Rücktrittsrecht wird nicht etwa widerlegt durch die vorhin zitirte L. 23 D. de neg. gest. Denn es entſpricht nur der Natur der Sache, wenn wir dieſe Stelle einſchränken auf den, vorhin beſprochenen, Fall, daß der Vertrag **in Erwartung** der Genehmigung abgeſchloſſen worden iſt[380]); die Stelle auch von dem uns eben vorliegenden Falle verſtehen, hieße ihr eine offenbare Ungerechtigkeit zutrauen. In dieſem unſerm jetzigen Falle kann der Prinzipal nicht «invito» tertio, d. h. trotz des (gehörig) erklärten Rücktritts des Dritten ratihabiren[380a]).

---

[380]) Darauf deutet auch wohl das «fieret» (ſtatt fiat): damit iſt offenbar der Zweifel des Leiſtenden, ob es zum fieri wirklich kommen werde, ausgedrückt.

[380a]) Ehe dieſer Rücktritt erfolgt iſt, kann freilich einſeitige Ratihabition geſchehen; von dieſem Akt kann man aber nicht ſagen, daß er «invito» tertio ſtattfinde.

Viertes Kapitel.

Die Folgen der Versagung resp. des Ausbleibens der Ratihabition.

§ 20.

A. Daß, wenn die Genehmigung versagt, oder binnen angemessener Bedenkfrist nicht ertheilt wird (vgl. § 19), das vom gestor vorgenommene Rechtsgeschäft keine rechtlichen Wirkungen für und gegen den Prinzipal hat[381]), ist selbstredend; das Band, wodurch jenes Rechtsgeschäft mit der Person des Prinzipals bisher verknüpft war, also die Befugniß des Prinzipals, durch Genehmigung des Geschäfts die von demselben erstrebten Wirkungen effektiv hervorzurufen, ist nun aufgelöst[382]).

B. Was aber den gestor anlangt, so ist zwar im Prinzipe ganz offenbar zu sagen, daß von einer rechtlichen Wirkung des Geschäfts für oder gegen seine Person jetzt so wenig die Rede sein kann, wie in der Zeit, als Ratihabition noch möglich war[383]). Denn er hat eben (nicht etwa nur auf fremde Rech-

---

[381]) Es handelt sich hier natürlich nur um diejenigen rechtlichen Wirkungen, welche aus der negotiorum gestio in ihrer Eigenschaft als stellvertretender entspringen, also um die aus der neg. gestio entstehenden rechtlichen Beziehungen des Prinzipals zur Außenwelt, nicht um die rechtlichen Wirkungen der neg. gestio als inneres Verhältniß (d. h. als Verhältniß zwischen Prinzipal und gestor). Inwieweit also in letzterer Beziehung trotz ermangelnder Ratihabition Ansprüche pro und contra bestehen, liegt unserer Untersuchung abseit.

[382]) Inwiefern aber für und gegen den Prinzipal rechtliche Wirkungen aus der stellvertretenden neg. gestio entspringen auch ohne daß er ratihabirt, wird im dritten Abschnitte geprüft werden.

[383]) Von der neg. gestio als innerem Verhältniß sehen wir, wie i in Anm. 381 bemerkt, ab.

nung, sondern) in fremdem Namen gehandelt. Er war m. a. W. nicht nur ökonomisch für den Prinzipal thätig, sondern er wollte auch blos Diesen in rechtliche Beziehungen zur Außenwelt bringen; Er, der gestor, selbst sollte nur ein Faktor zur Hervorbringung dieser rechtlichen Beziehungen, nicht aber (aktives oder passives) Subjekt derselben sein[383a]).

So klar Das nun ist, so besteht doch für Einen, aber grade den praktisch wichtigsten, Fall, nämlich den, daß der Stellvertreter einen auf Begründung eines bilateralen Obligationsverhältnisses gerichteten Vertrag ohne Vollmacht geschlossen hatte, in neuerer Zeit ein lebhafter Meinungsstreit darüber, ob, eventuell, worauf und aus welchem Grunde bei ermangelnder Ratihabition dem Mitkontrahenten des Stellvertreters gegen diesen Letztern eine Klage zuzusprechen sei[384]).

I. Die wesentlichsten, hierüber seither aufgestellten Ansichten sind folgende:

1) Die mindest weitgehende nimmt an, daß der Stellvertreter dann hafte, wenn in seiner Person der Thatbestand eines Delikts vorliege.

Daß man im Nothfall diesen Gesichtspunkt festzuhalten berechtigt wäre, ist eben so klar, wie daß derselbe dem praktischen Bedürfnisse nicht zur Genüge entspricht. Die Deliktsklagen, an welche gedacht werden könnte, sind die actio legis Aquiliae, die actio doli und etwa die actio furti. Allein zur ersten Klage mangelt es an der objektiven Beziehung des Schadens zu einer bestimmten körperlichen Sache; die beiden letzten Klagen aber setzen, zwar in objektiver Hinsicht nur irgend welchen Schaden,

---

383a) Soferne der Dritte dem gestor Etwas geleistet hatte, um zum Prinzipal in eine gewisse rechtliche Beziehung (z. B. Befreiung) zu treten, kann er bei versagter resp. ausgebliebener Ratihabition das Geleistete natürlich vom gestor zurückfordern, je nach Umständen mit condictio causa data causa non secuta oder mit condictio sine causa. S. § 19.

384) Die Literatur dieser Frage s. bei Windscheid, Pand. § 74, Anm. 8. Beizufügen sind: Regelsberger, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 373, 374; Polignani, dottrina della ratihabitio, pag. 65, 66; Curtius, Archiv für zivil. Praxis, Bd. 58 S. 98—107.

in ſubjektiver Beziehung aber böſe Abſicht voraus, verſagen alſo den Dienſt ſchon dann, wenn der Stellvertreter leichtfertiger Weiſe Vollmacht unterſtellt hat[385]).

2) Brauchbarer würde ſich erweiſen die Anwendung der Theorie der culpa in contrahendo[386]), wonach bei Abſchluß nichtiger Kontrakte daſſelbe Maß von diligentia präſtirt werden muß, wie bei Abſchluß gültiger; nur daß der auf Grund der culpa zu erhebende Anſpruch ſich auf Erſatz des negativen Intereſſes beſchränkt, alſo des Intereſſes, welches der Gegner daran hat, den nichtigen Vertrag gar nicht abgeſchloſſen zu haben. Die Anwendung der Theorie der culpa in contrahendo auf den uns eben vorliegenden Fall iſt verſucht worden durch Laband (Zeitſchrift für Handelsrecht Bd. 10 S. 234—238)[387]).

---

[385]) Auf die actio doli verweiſen den Dritten Brinz, krit. Blätter Nr. 2 S. 39 (der nur noch die möglicherweiſe zuſtehende rei vindicatio oder condictio sine causa erwähnt — welche beiden Klagen aber nicht einmal Schadenserſatz verſchaffen), Seuffert, Ratihabition § 14 (der aber die actio doli irrigerweiſe auf das positive Intereſſe, alſo auf das Intereſſe gerichtet ſein läßt, welches der Dritte an dem Verpflichtetwerden des Prinzipals hatte — während doch die actio doli nur auf Schadenserſatz, alſo das negative Intereſſe geht) und Polignani l. c. pag. 66. Letzterer bemerkt: «Ma che si ha a dire quando il gestor abbia eseguito il negozio in nome del dominus? Veramente qui bisogna distinguere. Il gestore ha contrattato con tale qualità, pure ha promesso la ratifica. In tal caso egli curerà che questa si dia; ma se il dominus non vorrà darla, il terzo non potrà agire contra il gestor. (Daß jene bloße Verpflichtung den Prinzipal zur Ratihabition zu bewegen zu ſuchen, praktiſch faſt werthlos iſt, bedarf keiner Ausführung.) Per contrario, se il gestore finse di essere un mandatario, la ratifica lo prosciogliera dall' obbligo che avrebbe di risarcire il danno sofferto dal terzo che fu ingannato; qui, com' è chiaro non essendovi pregiudizio, mancherebbe l'interesse ad agire.»

[386]) Aufgeſtellt bekanntlich von Jhering (Jahrbb. für Dogmatik [illegible]. 1—112).

[387]) Vgl. beſ. S. 234, 235: „Die culpa des Pſeudo-Bevollmächteht nicht darin, daß er ſich als Vertreter eines Anderen gerirte, Wahrheit Vertretungsbefugniß zu haben; ſondern ſie beſteht entrin, daß der Vertreter ſich für befugt hält, jedoch in der Prüer Vollmacht, ſei es hinſichtlich ihres Umfanges oder ſei es hin-

Allein jene Theorie ist

a) eine den Anforderungen der Gerechtigkeit immer noch nicht genügende. Sie hat zwar vor der actio doli voraus, daß sie auch bei bloßer culpa des Stellvertreters anwendbar ist; sie läßt aber den Dritten dann, wenn sich der Stellvertreter in einem entschuldbaren Irrthum über seine Vollmacht befindet, ohne Schutz [388]). Zudem führt sie, wie schon bemerkt, nur zu einem Anspruche des Dritten auf das negative Interesse, nicht zu einem Anspruche auf das positive, also das Erfüllungsinteresse — geschweige denn auf wirkliche Erfüllung [389]). Wir werden aber unten (sub II) zu zeigen suchen, daß, sofern bei ausbleibender Ratihabition überhaupt eine Haftung des Stellvertreters zu statuiren ist, man dem Dritten nur dadurch ganz gerecht werden kann, daß man die Verpflichtung des Stellvertreters zur Erfüllung des Vertrags anerkennt.

b) Die Theorie der culpa in contrahendo ist aber auch, wie wir glauben, eine quellenmäßig nicht zu erweisende.

Es kann nicht von uns erwartet werden, daß wir hier eine ausführliche Besprechung jener Theorie liefern — einer Theorie, deren eminente Bedeutung als Anregung zu wissenschaftlich und praktisch äußerst fruchtbaren Untersuchungen natürlich

---

sichtlich ihrer Gültigkeit, eine Nachlässigkeit sich zu Schulden kommen läßt, so daß er sich also in einem verschuldeten Irrthum befindet; oder darin, daß der Vertreter den Mangel seiner Befugniß positiv kennt, es aber verabsäumt, den andern Kontrahenten darauf aufmerksam zu machen, daß er ohne Vollmacht sich als Stellvertreter gerire".

[388]) Dies wird von Laband von seinem Standpunkte aus konsequenterweise anerkannt (S. 235). Wenn aber Laband es für eine „Härte" erklärt, wenn der Stellvertreter auch in dem Falle verantwortlich sein würde, „wenn er völlig in gutem Glauben in Folge eines entschuldbaren Irrthums sich für bevollmächtigt hielt" (S. 234), so muß ich es umgekehrt für eine Härte erklären, wenn der Dritte in solchen Fällen ohne Anspruch gegen den Stellvertreter wäre. Vgl. das hernach unter II Folgende.

[389]) Vgl. Ihering a. a. O. S. 15—22. In der That scheint Laband (a. a. O. S. 237) nur für Handelsgeschäfte, auf Grund der Bestimmung des Art. 55 Abs. 1 A. D. H. G. B., über das negative Interesse hinauszugehen.

unabhängig von ihrer Richtigkeit ist. Was uns bestimmt, diese Richtigkeit zu bezweifeln, soll nur kurz angedeutet werden.

In keiner einzigen der die Bedeutung der culpa in contrahendo beweisen sollenden Stellen (L. 62 § 1 de contr. emt. [18, 1], L. 8 § 1 D. de relig. [11, 7], L. 8, 9 D. de hered. vend. [18, 4] u. a.) ist die eintretende Schadensersatzpflicht von einer culpa abhängig gemacht[390]). Da aber die dort beschriebenen Fälle recht wohl auch ohne culpa des Schadenersatzpflichtigen denkbar sind[391]), so muß jene Pflicht auf einem anderen Momente als einer culpa beruhen[392]).

3) Eine dritte Ansicht stützt die Haftung des Stellvertreters auf eine von demselben für das Dasein der Vollmacht resp. für den Eintritt der Genehmigung vertragsmäßig geleistete Garantie[393]).

---

[390]) Bedenken kann nur erregen § 5 J. de emt. et vend. (3, 23), wegen der Worte «si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit». Ich glaube nun allerdings, daß diese Worte nur von einem dolus des Verkäufers verstanden werden können. Allein einerseits ist damit natürlich nicht bewiesen, daß auch bloße culpa in contrahendo verantwortlich macht. Andrerseits aber ist § 5 cit. offenbar aus einem Mißverständniß der L. 62 § 1 D. cit. hervorgegangen, wo das «deceptus a venditore» sich nicht findet, wo also das am Schluß stehende «ne deciperetur» gewiß überhaupt von einem objektiven decipi, also von jedem sich in Täuschung Befinden des Käufers zu verstehen ist (denn der Thatbestand ist bereits durch die Worte «Qui — comparavit» vollständig mitgetheilt, und da wird von einem Betruge Nichts gesagt). § 5 cit. verlangt also mehr wie bloße culpa, während die (vorzuziehende) L. 62 § 1 cit. nicht einmal culpa fordert.

[391]) Z. B. es verkauft Jemand eine res extra commercium, die er selber redlich erworben hatte, und von der er nicht ahnen kann, daß sie jene Eigenschaft an sich trage. Oder: Jemand verkauft die Erbschaft eines noch lebenden Verwandten, weil er von Dessen Tode die allerglaubhafteste (wie etwa gerichtliche) Nachricht erhalten hat.

[392]) Vgl. Anm. 397. — Ich will übrigens nicht absolut in Abrede stellen, daß die römischen Juristen unter Umständen grade wegen culpa in contrahendo eine Klage gegeben haben mögen, sofern es nämlich der Billigkeit entsprach, die Klage auf jenes Erforderniß zu stellen. Nachweisbar aber ist ein solcher Fall, soweit ich sehe, nicht.

[393]) Dahin gehört namentlich Buchka, Stellvertretung S. 238, und Windscheid, Pand. § 74 Anm. 7a und 8, und Text dazu („Bei

Diese Ansicht verdient jedenfalls vor den beiden ersten ganz entschieden den Vorzug. Einmal weil sie dem Dritten auch dann einen Schutz gewährt, wenn dem Stellvertreter keine Schuld beigemessen werden kann. Sodann deßhalb, weil der Garantievertrag ebensowohl auf Erfüllung oder Leistung des Erfüllungsinteresses, wie auf Leistung des negativen Interesses gerichtet gedacht werden kann.

Verträgen ist der Vertreter, insofern er für die Ertheilung der Genehmigung oder das Dasein der Vollmacht ausdrücklich oder stillschweigend die Garantie übernommen hat, verpflichtet, dem andern Kontrahenten sein Interesse zu vergüten — und also, insofern das Interesse des andern Kontrahenten hierauf geht, den Vertrag selbst zu erfüllen").

Nur eine eigenthümliche Wendung desselben Gedankens ist meines Erachtens die Ansicht von Curtius a. a. O. S. 101—104, wonach der Stellvertreter, „wenn er auch nicht selbst den Vertrag zu erfüllen verspricht, doch verspricht, daß der Vertretene zur Erfüllung des Vertrags verpflichtet werden werde. Wer in fremdem Namen kauft, verspricht nicht Zahlung des Kaufpreises, aber er verspricht dem Verkäufer die actio venditi gegen Denjenigen, in dessen Namen er kontrahirt." (S. 101).

Freilich glaubt Curtius, auf Grund dieser Anschauung sei der dem Dritten gegen den Stellvertreter zustehende Anspruch auf das negative Vertragsinteresse zu beschränken (womit denn freilich ein Unterschied von jener Garantie-Theorie hervortreten würde). „Versprochen hat der Stellvertreter die obligatio des Vertretenen. Daher kann der Dritte, wo diese nicht geleistet werden kann, nicht verlangen, daß ein Andrer oder daß der Stellvertreter selbst in den Vertrag eintrete. Das Versprechen, daß eine bestimmte Person mir verpflichtet werde, ist das Versprechen einer species; denn daß diese Person mir 100 schulde — wobei ich auf das Vermögen und den Charakter derselben sehe, ist etwas ganz anderes als die Verpflichtung einer anderen Person, mir 100 zu zahlen. Darum ist es falsch, zu sagen, das Interesse des Dritten bestehe darin, daß statt des Vertretenen nun der Vertreter selbst in den Vertrag eintrete, und so indirekt eine Verpflichtung desselben zur Erfüllung herbeizuführen. Auch das Aequivalent der Erfüllung kann der Dritte nicht verlangen, denn der Stellvertreter hat nicht versprochen, daß der Vertretene erfüllen werde, sondern nur, daß er zur Erfüllung verpflichtet werde. Da nun die Verpflichtung als solche nicht geschätzt werden kann, so kann er nur das sog. negative Vertragsinteresse fordern." (S. 102).

Allein es ist eben irrig, wenn Curtius annimmt, die Verpflichtung als solche könne nicht abgeschätzt werden. Wiewohl die Verpflichtung einer bestimmten Person ein juristisches Individuum ist, wiewohl ferner der

Immerhin aber stellt sich der Anerkennung dieser Theorie das Bedenken in den Weg, daß dieselbe etwas nur Mögliches, vielleicht Häufiges, willkührlich zu etwas stets Wirklichem, oder doch zu etwas nach Rechtspräsumtion zu Unterstellendem erhebt[304]). Im Leben ereignen sich gewiß unzählige Fälle, wo die Parteien an einen Garantievertrag gar nicht denken. Wohl wird ein solcher in concreto sehr häufig dann unterstellt werden dürfen, wenn der gestor, und mit ihm der Dritte, an der Vollmacht des Ersteren zweifelten, und der Dritte, der in Folge Dessen Bedenken trug, den Hauptvertrag abzuschließen, vom gestor sich zu diesem Abschluß dennoch überreden läßt. Allein wenn die Parteien gar nicht das leiseste Bedenken an der Vollmacht des Stellvertreters

---

unmittelbare Gegenstand des Forderungsrechts die Person des (bestimmten) Schuldners ist, so besteht doch das (ein ökonomisches Moment bildende) Interesse, welches jenes Recht für den Gläubiger hat, in Wahrheit an Dem, Was der Schuldner zu leisten hat, also an dem Werthobjekte, zu dessen Erlangung die Obligation nur die Vermittlung bildet; da aber dieses Werthobjekt abschätzbar ist, so ist es damit auch die Obligation selbst. Allerdings muß bei Schätzung des Werthes einer konkreten Obligation auch auf die Sicherheit Rücksicht genommen werden, welche Charakter und Vermögensverhältnisse des Schuldners für die wirkliche Erfüllung bieten. Aber von diesem Gesichtspunkte aus müßte dem Dritten doch ein Anspruch (nicht auf das negative, sondern) auf das positive Interesse, also mindestens auf den, zu ermittelnden, Werth zugestanden werden, welchen die Verpflichtung grade des Vertretenen gehabt haben würde; es könnte also der Vertreter sogar gradezu auf Erfüllung belangt werden, wenn klargestellt werden könnte, daß, falls der Prinzipal verpflichtet worden wäre, die Exekution der Erfüllung durchführbar gewesen sein würde. Eben aber wegen der Schwierigkeiten, mit denen alle die bezeichneten Nachweisungen in den meisten Fällen verknüpft sein würden, müßte die vom Stellvertreter übernommene Verpflichtung, die obligatio des Vertretenen zu beschaffen, vernünftigerweise dahin ausgelegt werden, daß der (eventuelle) Anspruch des Dritten gradezu auf Erfüllung gehen solle (auf das [Erfüllungs-]Interesse also nur nach allgemeinen Grundsätzen, i. e. wenn verschuldete Unmöglichkeit eingetreten ist).

[304]) Dies thut Windscheid zwar nicht im Allgemeinen, aber doch für „jedes Kontrahiren in fremdem Namen durch einen Nichtbevollmächtigten, welches ohne Angabe des Mangels der Vollmacht erfolgt, vorausgesetzt daß der Kontrahent nicht annehmen durfte, dieser Mangel sei dem Gegner bekannt“ (§ 74, Anm. 7[a]).

angewandelt hatte[395]), so wird ein bewußter und objektiv erkennbarer Garantievertrag ohne Weiteres gewiß nicht statuirt werden können. Konkretes Bewußtsein und objektive Erkennbarkeit sind aber unerläßliche Erfordernisse eines jeden Vertrags.

Es müßte also nach jener Theorie konsequentermaßen in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob ein wirklicher und wahrer Garantievertrag vorliege. Daß aber hiermit dem berechtigten Interesse des Dritten nicht Genüge geleistet wird, erhellt aus dem jetzt sofort zu Sagenden. —

II. Nach unserem Ermessen steht die Sache folgendermaßen.

Wir unterscheiden:

1) Die Parteien haben den Vertrag in der erklärten Unterstellung der schon vorhandenen Vollmacht abgeschlossen.

In diesem Falle hat der Dritte, wie wir im vorigen Paragraphen gezeigt haben, zwar ein sofortiges Rücktrittsrecht, allein wenn ihm der Prinzipal mit der Ratihabition zuvorkommt, so geht jenes Rücktrittsrecht unter, und der Kontrakt ist zu definitiver Gültigkeit gelangt. Der Dritte befindet sich also, ehe er die wahre Sachlage erfährt, in der Hand des Vertretenen: Diesen kostet es Ein Wort, um den Dritten ihm zu obligiren, während Letzterer die Möglichkeit, den Vertretenen zu obligiren, nicht hat. Nun ist aber Gleichmaß der Rechte und Pflichten das oberste Prinzip der zweiseitigen Obligationen. Das verlangt die hier regierende **bona fides**[395a]). Daß nur die Eine Partei berechtigt, die andre nur verpflichtet sei — wie bei den s. g. negotia claudicantia — Das darf ohne besondre

---

[395]) Wie z. B. in dem von Laband a. a. O. S. 234, Anm. 79 angeführten Falle, daß „Jemand eine Vollmacht von einem anscheinend Gesunden erhält, es sich aber nachträglich herausstellt, daß der Letztere bereits bei Ertheilung der Vollmacht wahnsinnig war."

[395a]) Bei den zufällig bilateralen fordert sie für Den, Der nur unter Umständen berechtigt werden soll, wenigstens Soviel, daß, wenn diese Umstände eintreten, sein Recht ebenso sicher eintritt, wie das sofort und nothwendig entstehende Recht des Gegners.

Gründe (alſo beſondre Rechtsvorſchrift, beſondre Verabredung u. ſ. w.) niemals ſtatuirt werden. Da nun der Dritte, wie geſagt, dem Prinzipal eine Zeitlang faktiſch in die Hände gegeben iſt, ohne daß er umgekehrt die Möglichkeit hat, eine Verpflichtung des Prinzipals herbeizuführen, ſo fordert die bona fides ein Korrektiv dieſer Ungleichheit[396]). Iſt der Dritte dem Vertretenen auf Deſſen Wink verhaftet, ſo muß auch Er ſelbſt ſich jedenfalls an Jemanden halten können. Dieſer Jemand iſt, falls Ratihabition erfolgt, der Vertretene; andernfalls aber iſt es der Vertreter; denn Er hat den Vertrag, wenn auch in fremdem Namen, ſo doch ſelber geſchloſſen, muß alſo Alles leiſten, Was die bona fides dieſes Vertrags von ihm fordert[396a]).

---

[396]) Man bedenke nur die ſo häufigen Fälle, wo der Preis der vom gestor ge- oder verkauften Waare nach dem Abſchluſſe des Geſchäfts ſteigt oder ſinkt. Geſtalten ſich dieſe Verhältniſſe dermaßen, daß das Geſchäft dem Vertretenen vortheilhaft ſcheint, ſo wird er es ratihabiren. Es wäre aber gewiß eine große Unbilligkeit, wenn im umgekehrten Falle, wo alſo das Geſchäft für den gestor günſtig wird, der Letztere ſich an Niemanden halten könnte.

[396a]) Ein direkter Quellenbeleg für unſre Anſicht kann natürlich nicht beigebracht werden. Bei den Römern war ja der Stellvertreter nach jus civile überhaupt der wahre und einzige Verpflichtete, und konnte ſich dieſer Haftung nur etwa durch ein (ausdrückliches oder ſtillſchweigendes) pactum de non petendo erwehren (ſ. o. § 4); ein ſolches pactum konnte aber natürlich nur dann angerufen werden, wenn der Vertreter Vollmacht gehabt und dadurch die (prätoriſche) Haftung des Prinzipals (mit actio institoria, exercitoria oder quasi institoria) bewirkt hatte: mangelte die Vollmacht, ſo fiel die exceptio pacti de non petendo weg, war alſo die zivile Haftung des Stellvertreters eine juriſtiſche Wirklichkeit. Alſo nach römiſchem Recht war die Haftpflicht des Vertreters weit leichter zu deduziren als h. z. T. wo Derſelbe prima facie als gar nicht haftbar erſcheint.

Indeſſen läßt ſich für die heutige Haftung des Stellvertreters aus den römiſchen Quellen eine Analogie beibringen. Einer der Fälle, wo vollkommene Stellvertretung ſchon nach R. R. erlaubt war, iſt der jussus des Gewalthabers (ſ. o. § 4). Hatte nun Jemand einen jussus ohne Vollmacht im Namen eines Andern ertheilt, und Dieſer genehmigte nicht, ſo haftete prima facie Keiner von Beiden: der Vertretene nicht, weil die Vollmacht fehlte, und der Vertreter nicht, weil er nicht in eignem

Im Einzelnen ist hervorzuheben:

a) Der (eventuelle) Anspruch gegen den Stellvertreter geht auf Erfüllung, nicht (blos) auf das positive oder negative Interesse. Denn Erfüllung schuldet der Dritte dem Prinzipal auf Dessen Wink; Erfüllung muß also auch der Dritte selbst beanspruchen können [397]).

Namen jubirt hatte, also eine eigene Haftung gar nicht hatte übernehmen wollen. Da nun auch von einer zivilrechtlichen Haftung des Jubenten keine Rede sein konnte (weil die actio q. jussu rein prätorisch ist), so wäre der Dritte, wie es scheint, schutzlos gewesen. Allein L. 1 § 9 D. quod jussu (15, 4) entscheidet:

> «Si curatore adulescentis vel furiosi vel prodigi jubente cum servo contractum sit, putat Labeo dandam quod jussu actionem in eos quorum servus fuerit: item et in vero procuratore. Sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam actionem idem Labeo ait.»

In der That war das Bedürfniß einer Klage in diesem Falle ein analoges wie in unserem. Der Mitkontrahent des Gewaltunterworfenen war dem Gewalthaber sofort mit dem Vertragsabschluß in die Hände gegeben, da er Diesem aus dem geschlossenen Kontrakt zwar sofort haftbar wurde (also sogar ohne daß Derselbe ratihabirt zu haben brauchte), dagegen das gewollte Recht gegen ihn, d. h. die actio quod jussu, nicht (sofort) erlangte. (Daß die Klage gegen das Hauskind von geringem praktischen Effekt war, eine solche gegen den Sklaven aber gar nicht bestand, braucht kaum bemerkt zu werden.) Diese Situation fanden die römischen Juristen mit Recht höchst unbillig, gaben daher dem Dritten in der Person des Jubenten Jemanden, an den Er sich halten konnte.

Angeführt worden ist die L. 1 § 9 cit. übrigens schon von Buchka, Stellvertretung S. 238.

[397]) Hierin liegt also ein wesentlicher Unterschied von den Fällen der Verträge auf eine unmögliche Leistung (z. B. Kauf einer nicht existirenden Erbschaft, einer res extra commercium) (vgl. L. 62 § 1 D. de contr. emt. [18, 1], L. 8, 9 D. de her. vend. [18, 4] u. a.). Auch hier beruht allerdings der zuständige Anspruch, wie ich glaube, direkt auf einer Berücksichtigung der bona fides: der Verkäufer (oder dergl.) hat durch seine Verkaufs- (oder dergl.) Erklärung die Gegenpartei effektiv in Schaden gebracht, und es ist billiger, daß die Folgen dieser Handlung vom Handelnden selbst, als von einem Andern getragen werden; culpa des Erklärenden ist sowenig erfordert, wie ein (ausdrücklicher oder

b) Natürlich kann der Dritte nur ſo klagen, daß er ſich zur Leiſtung des verabredeten Aequivalents erbietet; m. a. W. er kann nur Austauſch beanſpruchen. Aber ſelbſt die Geltendmachung dieſes Austauſchsanſpruchs wird nicht binnen der ganzen Verjährungszeit zuläſſig ſein. Wie in allen Fällen, wo, aus beſondren Gründen, nur Einer der beiden Kontrahenten Austauſch verlangen kann, ſo erheiſcht die bona fides auch im vorliegenden Falle[397a]), daß der Berechtigte binnen einer angemeſſenen — nöthigenfalls durch den Richter zu beſtimmenden — Friſt ſein Recht geltend mache, nach unbenutztem Ablauf dieſer Friſt aber daſſelbe verliere. Denn ſonſt könnte er während einer unbillig langen Zeit die Schwankungen für ſich benutzen, die das gegenſeitige Werthverhältniß der auszutauſchenden Objekte nach Abſchluß des Vertrags erfährt.

c) Auf das poſitive oder auf das negative Intereſſe kann der Stellvertreter nur dann verklagt werden, wenn Das nach allgemeinen Grundſätzen möglich iſt. So kann der gestor dann, wenn er den Stellvertreter in mora verſetzt hat, natürlich außer der Erfüllung noch das Intereſſe an der rechtzeitigen Erfüllung fordern; würde in Folge der mora die Erfüllung des Vertrags ihr Intereſſe für den Dritten verlieren, ſo könnte er den Stellvertreter auf Präſtation des negativen Intereſſes, alſo alles Deſſen verklagen, Was er hätte, wenn der Vertrag gar nicht abgeſchloſſen worden wäre.

ſtillſchweigender) Garantievertrag. Allein die bona fides fordert hier Weniger wie in unſerm Falle. Im letztern muß, wie bemerkt, auf Erfüllung geklagt werden können, weil der Kläger ſelbſt in Gefahr war, Erfüllung leiſten zu müſſen. Beim Vertrage auf eine unmögliche Leiſtung aber beſteht dieſe Gefahr nicht. Der Promiſſar dieſer Leiſtung (z. B. der Käufer) ſchuldet die verſprochene Gegenleiſtung gar nicht: folglich kann er auch nicht verlangen, daß ihm ſelbſt der Werth der Ihm verſprochenen Leiſtung zu Theil werde; er muß ſich vielmehr mit dem negativen Intereſſe, alſo mit der Herſtellung derjenigen wirthſchaftlichen Lage begnügen, welche beſtünde, wenn der Vertrag gar nicht abgeſchloſſen worden wäre.

[397a]) Der Dritte kann zwar gegen den Stellvertreter, nicht aber Dieſer gegen den Dritten klagen.

d) Die Ansprüche des Dritten gegen den Stellvertreter sind unabhängig sowohl von dem Vorhandensein irgend welcher culpa des Letztern, wie von dem Abschluß eines Garantievertrags. Denn auch bei Abwesenheit dieser Momente bleibt wahr, daß der Dritte in die beschriebene unbillige Situation dem Prinzipal gegenüber versetzt worden ist.

Allerdings könnte man[398]) versucht sein, so zu sagen: Bei Abschluß von negotia bonae fidei muß als Parteiwille nicht nur Das gelten, Was sie bewußter- und erklärtermaßen gewollt haben, sondern auch alles Dasjenige, Was sie, bei allseitiger Erwägung, der aequitas entsprechend festgesetzt haben würden. In der That würde Dem der Umstand entsprechen, daß man bei der Feststellung des gesetzgeberischen Willens auch Unzähliges, Was nicht zum Bewußtsein des Gesetzgebers gekommen und von ihm nicht erkärt ist, als (mittelbaren) Willen desselben bezeichnet — weil ihm derselbe zum Bewußtsein gekommen sein würde, wenn er alles Nöthige genau überlegt hätte, resp. hätte überlegen können. So scheint denn in unserem Falle ein stillschweigender Garantievertrag mit Fug statuirt werden zu dürfen.

Allein nach feststehender Gewohnheit unsrer Rechtswissenschaft beschränkt sich eben die Anerkennung des „Unbewußten" im Willen bis jetzt auf den Willen der objektives Recht Erzeugenden; unbewußte Rechtsgeschäfte werden dermalen noch nicht statuirt.

e) Die Ansprüche des Dritten werden nicht, wie Windscheid[399]) meint, ausgeschlossen dadurch, daß der Stellvertreter „annehmen durfte, der Mangel der Vollmacht sei dem Gegner bekannt". Denn Was durch diesen Umstand bewirkt würde, wäre nur Abwesenheit von culpa des Stellvertreters und Abwesenheit einer Garantieabsicht Desselben; auf die Anwesenheit dieser beiden Momente kommt aber nach unsrer Auffassung Nichts an. Relevant würde jenes von Windscheid bezeichnete Moment

---

[398]) Und zwar ebenso bezüglich des in Anm. 397 in Vergleich gezogenen Falles.

[399]) Pand. § 74 Anm. 7[a].

dann sein, wenn aus demselben gefolgert werden dürfte, daß der Stellvertreter den Dritten auf die noch erforderliche Ratihabition hinweise (dann würde der, sogleich folgende, Fall Nr. 2 in Anwendung treten). Die bezeichnete Folgerung wäre aber offenbar unzulässig; überall, wo keine Erklärung über die Vollmachtsfrage vorliegt, muß nach der objektiven Anschauung angenommen werden, daß die Parteien den Vertrag in Unterstellung der vorhandenen Vollmacht abgeschlossen, und an den durch solchen Abschluß begründeten Rechtsverhältnissen Nichts geändert haben.

f) Selbst von einem Ausschlusse der in Rede stehenden Ansprüche durch des Dritten kulpose Nichtkenntniß des Mangels der Vollmacht[400]) kann u. E. im Allgemeinen keine Rede sein. Denn da ihm der Stellvertreter keine Erklärung über diesen Mangel abgegeben hat, so ist er jedenfalls Diesem gegenüber befugt, Dessen Berechtigung zum stellvertretenden Vertragsabschlusse anzunehmen. Eine Prüfung der, ihm vom Gegner gar nicht als zweifelhaft bezeichneten, Vollmacht vorzunehmen, dazu scheint uns, im Verhältniß zu Diesem, keine Verpflichtung vorzuliegen[401]).

Nur dann kann von einer culpa des Dritten dem Stellvertreter gegenüber die Rede sein, wenn er Mittheilungen, welche ihm der Stellvertreter über seine Vollmachtlosigkeit gemacht hat, in Folge mangelhafter Aufmerksamkeit nicht oder miß-verstanden hat. Dann muß er sich gefallen lassen, nach dem sub 2) zu besprechenden Falle beurtheilt zu werden.

g) Kennt der Dritte den Mangel der Vollmacht, und schließt den Vertrag trotzdem, ohne daß jener Mangel unter den

---

[400]) Vgl. Laband a. a. O. S. 235, 236.

[401]) Dies gilt auch in dem von Laband S. 235, Anm. 75 angeführten Falle, daß Jemand mit einem Ladendiener, Handlungsreisenden oder anderen Bevollmächtigten, bei denen das Gesetz eine Präsumtion des Umfangs ihrer Vollmacht aufgestellt hat, Geschäfte abschließt, welche außerhalb jenes präsumtiven (gesetzlichen) Umfangs liegen. Der Dritte ist in solchen Fällen dem Vertreter gegenüber zur Unterstellung berechtigt, daß Dieser, Der ihm gar keine Andeutung über einen Mangel der Vollmacht giebt, eine besondere Vollmacht neben der präsumtiven erhalten hat.

Parteien erwähnt wird, so liegt darin von Seite des Dritten entweder ein dolus, oder — und zwar allermeistens — ein Hinblick auf die gehoffte Ratihabition. In beiden Fällen wird er sich also gefallen lassen müssen, daß er nach Analogie des Falles Nr. 2 behandelt werde. —

h) Die in Rede stehenden Ansprüche treten nicht nur dann ein, wenn die Genehmigung versagt resp. (binnen angemessener Frist) ausgeblieben ist, sondern auch wenn der Dritte (nach erlangter Kenntniß vom Sachverhalt) zurücktritt. Denn es kann ihm nicht verdacht werden, wenn er zwar den wirthschaftlichen Vortheil, den die Erfüllung des Vertrags ihm bietet, festhalten, aber zugleich auch Sicherheit darüber haben will, an Wen er sich zu halten hat.

2) Die Parteien haben den Vertrag in der erklärten Erwartung der Genehmigung abgeschlossen.

In diesem Falle kann, wie wir im vorigen Paragraphen sahen, das Genehmigungsrecht des Prinzipals, ehe eine angemessene Zeit nach Dessen Kenntnißerlangung von dem Geschehenen verstrichen ist, von den Parteien auf keine Weise vernichtet werden: weder durch einseitigen Rücktritt des Einen oder Andern noch durch deren Rücktrittsvertrag.

Der Dritte befindet sich hier also in noch viel höherem Maße in der Hand des Prinzipals, wie im Falle Nr. 1. Dort konnte er wenigstens durch rechtzeitigen, d. h. vor erfolgter Ratihabition geschehenden Rücktritt die letztere vereiteln, während er jetzt ruhig abwarten muß, ob die Ratihabition binnen angemessener Zeit ertheilt oder versagt wird resp. ausbleibt. Sonach scheint es, daß die unter Nr. 1) von uns angerufene bona fides jetzt noch viel mehr verlangt, daß der Stellvertreter dem Dritten eventuell haftbar sei.

Indessen wird eine reifliche Erwägung zu dem Resultate führen müssen, daß im Zweifel eine Haftung des Stellvertreters hier nicht zu statuiren ist. Allerdings ist die Lage, in welcher sich der Dritte jetzt befindet, eine wirthschaftlich noch mißlichere als im Falle 1). Allein während er im letztern Falle in eine Situation gerathen ist, die seiner erklärten Erwartung widerspricht, so begiebt er sich jetzt mit Wissen und Willen in die vorliegende

Situation. Er weiß m. a. W., daß das Schickſal des abgeſchloſſenen Vertrags eine Zeitlang in der Hand des Prinzipals ruht; da er Das aber weiß, ſo findet er ſich ſomit darein. Sollte ihm die Situation unerträglich geſchienen haben, ſo war von ihm zu verlangen, daß er den Stellvertreter durch einen (erkennbaren) Garantievertrag behafte. Wo ein ſolcher weder ausdrücklich noch ſtillſchweigend abgeſchloſſen iſt, wird man dem Stellvertreter eine Haftung nicht aufbürden dürfen.

Dritter Abſchnitt.

Stellvertretende negotiorum gestio ohne das Bedürfniß der Ratihabition[402].

§ 21. Hingabe auf fremden Namen.

In gewiſſen Fällen kann jeder Beliebige dadurch, daß er Namens eines Andern Etwas hingiebt, dem Letztern ſofort und entſchieden ein Recht resp. eine Befreiung verſchaffen.

Als ſolche Fälle kommen folgende in Betracht.

1) Die solutio. Jedermann hat nach der Rechtsordnung Vollmacht, fremde Schulden gültig zu erfüllen[403]. Da über dieſen Punkt allgemeine Uebereinſtimmung herrſcht, ſo iſt eine nähere Erörterung deſſelben nicht geboten. Nur kurz iſt an zwei Punkte zu erinnern. Einmal daran, daß zur Befreiung des Schuldners natürlich erfordert iſt, daß der Erfüllende auf Namen des Schuldners geleiſtet hat[404]. Und ſodann daran, daß, wenn auch

---

[402]) Vgl. oben § 6.

[403]) L. 38, 42 D. de neg. gest. (3, 5), L. 23, 40, 53 D. de soll. (46, 3), pr. J. quib. mod. obl. toll. (3, 29). Cf. Ihering, Jahrbb. für Dogm. Bd. 2 S. 93—96; Gruchot, die Lehre von der Zahlung der Geldſchuld S. 18—29.

[404]) S. L. 31 pr. D. de H. P. («— — quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat — —»), L. 19 § 1 D. de

Jedermann zur Erfüllung fremder Schulden Vollmacht hat, hiermit nicht geſagt iſt, daß der Erfüllende ſtets eine actio negotiorum gestorum auf volle Entſchädigung hat [405]).

2) Ihering (Jahrbb. für Dogm. Bd. 2 S. 87—120) hat den Satz nachzuweiſen geſucht, daß „überall, wo auf Grund eines dare eine Verpflichtung zur Rückgabe entſtehe, es von dem Geber abhänge, durch Vornahme des dare auf Namen eines Andern Letzterem die Forderung zu erwerben“ (S. 110). Es würde hiernach alſo ein ſtellvertretender negotiorum gestor dem Vertretenen insbeſondere die actio mutui, depositi, commodati, pigneraticia und die Kondiktionen erwerben können, welche aus der mangelhaften causa einer Leiſtung erwachſen.

Allein ſo gründlich und in ſo anſprechender Darſtellung Ihering den Nachweis jenes Satzes zu führen unternommen hat, ſo ergiebt doch eine ſorgfältige Prüfung meines Erachtens Folgendes.

a) Was obligatoriſche, auf Rückgabe gerichtete Verträge anlangt, ſo iſt der Ihering'ſche Satz nur richtig für das Darlehen. Den Beweis, den Ihering hierfür erbracht hat (a. a. O. S. 100—108), halte ich für ſo überzeugend, daß über dieſen Punkt kaum ein Wort mehr verloren zu werden braucht [406]).

---

cond. ind. (12, 6), L. 38, § 2 D. de soll. (46, 3). Ueber die ſcheinbar abweichende L. ult. D. de neg. gest. (3, 5) vgl. meine ächte und unächte negotiorum gestio § 10.

[405]) Vgl. L. 42 D. de neg. gest. («Cum pecuniam ejus nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit: nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi»), L. ult. C. cod. (2, 19). Vgl. Gruchot a. a. O. S. 41—48.

[406]) Für entſcheidend halte ich L. 9 § 8 D. de R. C. (12, 1), während L. 4 C. si cert. pet. (4, 2) allenfalls von einem Generalbevollmächtigten verſtanden werden könnte (wo ja immer noch eine «reprobatio» inſofern möglich iſt, als der Prinzipal ihm das Riſiko ſolcher Forderungen zuwälzen kann, deren Unſicherheit der Vertreter kennen mußte). Was aber L. 9 § 8 cit. angeht, ſo bedarf nach Dem, Was über dieſe Stelle Ihering (a. a. O. S. 101—103) bemerkt hat, nur noch der ſcharfſinnige — von Ihering nicht berückſichtigte — Vorſchlag von Brinz (kritiſche Blätter Nr. 2 S. 25—32) der Berückſichtigung. Brinz will im

Hinzuweisen ist hier nur darauf, daß, wenn der Vertreter nicht eigenes, sondern Geld des Prinzipals hingiebt, die Darlehensobligation, abgesehen vom Falle der Ratihabition, natürlich erst dann entsteht, wenn das Geld bona fide kommissirt oder konsumirt ist. Dieses Erforderniß muß z. B. in L. 4 C. si cert. pet., wenn dieselbe von einem stellvertretenden negotiorum gestor verstanden werden darf (vgl. Anm. 406), als erfüllt gedacht werden.

Dagegen muß für die übrigen auf Rückgabe gerichteten Realkontrakte außer dem Darlehen die Richtigkeit des Ihering'schen Satzes geleugnet werden.

Vor Allem besitzen wir für einen hier in Betracht kommenden Fall, den contractus pigneraticius, eine — wie es scheint, regelmäßig übersehene — direkt entgegengesetzte Entscheidung.

L. 11 § 7, L. 12 D. h. t. (13, 7) sagt:

«Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pigneraticia poterit: quod in

---

Anfange der Stelle lesen: «Si nummos meos tuo nomine dedero, voluntate tua, sed absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi condictionem», zu welcher Konjektur er ein Recht darum zu haben glaubt, weil in dem überlieferten Texte die Worte velut tuos neben dem tuo nomine „müßig stehen" (S. 26, 31). Brinz nimmt also an, daß der Vertreter (zwar nicht Spezial- aber) Generalbevollmächtigter sei (S. 32). Allein es muß doch jedenfalls zwischen dem in Rede stehenden und dem zweiten Fall der Stelle («si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua dedero») irgend ein Unterschied bestehen. Dieser Unterschied könnte nach Brinz nur der von General- und Spezialbevollmächtigung sein. Brinz selbst aber wird zugeben, daß dieser Unterschied in der Stelle nicht genügend ausgedrückt wäre (es hätte im zweiten Falle etwa heißen müssen: «volente et sciente te»). Es muß also dabei bleiben, daß in dem ersten Fall der Stelle ein ganz spontanes Handeln vorliegt. Daß das velut tuos neben dem tuo nomine müßig steht, ist richtig, kann aber nicht grade befremden. Jede (vollkommene) Stellvertretung war den Römern etwas so Außergewöhnliches, daß es uns nicht wundern kann, wenn sie einen solchen Fall mit übergroßer Deutlichkeit beschreiben. — Mit dem Gesagten fällt auch die neuere Erklärung, welche Brinz von der L. 9 § 8 cit. gegeben hat (Pand. S. 1609, 1610), wonach der Darlehensvertrag sogar vom Prinzipal selbst abgeschlossen wäre.

procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare, vel universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere».

Daß hier von einem Handeln in fremdem Namen (oder doch auch von Handeln in fremdem Namen) die Rede iſt, wird, nach dem Zuſammenhang der Stelle, Niemand beſtreiten. Wird nun aber ſelbſt einem durch (Spezial- oder General-) Mandat oder Tutel Legitimirten nur die Fähigkeit zugeſprochen, für ſich ſelber die actio pigneraticia zu begründen, nicht aber für den Prinzipal, ſo kann noch weniger ein ſtellvertretender negotiorum gestor die letztere Fähigkeit gehabt haben.

Sonach müſſen wir demjenigen Quellenbeweiſe, den Ihering (a. a. O. S. 109) für das depositum zu führen geſucht hat, mit wohlberechtigtem Zweifel entgegentreten. Die von Ihering angerufene Stelle iſt die L. 6 pr. C. de donatt. int. virum et ux. (5, 16):

«Etiamsi uxoris tuae nomine res quae tui juris fuerunt depositae sunt, causa proprietatis ea ratione mutari non potuit, etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intelligat, cum donatio in matrimonio facta prius mortua ea quae liberalitatem excepit irrita sit».

Ihering iſt der Anſicht, daß, wenn hier das Schenkverbot unter Ehegatten nicht eingegriffen hätte, durch die Stellung des Depoſitums auf den Namen der Frau die Schenkung perfekt geworden wäre, indem durch ſolche Deponirung die Frau ſofort die actio depositi erworben haben würde.

Es wäre nun aber jedenfalls ſehr befremdlich, wenn beim depositum die Möglichkeit ſtellvertretender negotiorum gestio, die für den contractus pigneraticius nicht beſtand, wirklich ſtattgefunden hätte. In der That ſpricht aber die L. 6 pr. cit. bei näherer Betrachtung von der actio depositi gar nicht[407]).

[407]) Wie ſchon Windſcheid, Pand. § 313 Anm. 3 mit Recht bemerkt hat.

Die Stelle beſchäftigt ſich nur mit der Eigenthumsfrage. Das Eigenthum, ſagt der Kaiſer, würde, wenn man vom Schenkverbote abſehen dürfte, allenfalls übergegangen ſein («etsi donasse te uxori res tuas [nicht: actionem depositi] ex hoc quis intelligat»), ſofern man nämlich den Depoſitar als Stellvertreter der Frau in deren Beſitz- und Eigenthumserwerb betrachten darf. (Natürlich würde ſolche Stellvertretung zur Gültigkeit erfordern, daß Mandat oder Ratihabition der Frau vorläge). Der Erwerb einer actio depositi durch einen Stellvertreter, geſchweige denn durch einen ſtellvertretenden neg. gestor, war aber ſo unmöglich, wie wir es für den contractus pigneraticius geſehen haben[408]).

Wie für den contr. pigneraticius und das depositum müſſen wir daher den Ihering'ſchen Satz auch für das commodatum beſtreiten, ihn überhaupt, wie ſchon bemerkt, auf das mutuum einſchränken.

Daß man aber grade beim mutuum einen ſo ſingulären Rechtsſatz einführte, iſt ſehr wohl zu begreifen, wenn man erwägt, wie ſehr das Darlehen alle andern Realkontrakte an Häufigkeit des Vorkommens und an ökonomiſcher Wichtigkeit überragt, wie ſehr hier alſo Erleichterung des Abſchluſſes wünſchenswerth erſcheinen mußte[409]).

Für das heutige Recht iſt die Möglichkeit der Stellver-

---

[408]) Daß bezüglich dieſes Kontrakts nicht etwa die L. 40 D. de soll. (46, 3) für Ihering ſpricht, bedarf kaum der Bemerkung. Die Stelle ſagt: «Si pro me quis solverit creditori meo, licet ignoranti me, adquiritur mihi actio pigneraticia — — —», konſtatirt alſo nur Dieſes, daß mit der von einem ſtellvertretenden neg. gestor geleiſteten solutio dieſe Bedingung der Nativität der actio pigneraticia eintrete; daß der contractus pigneraticius gültig durch einen Stellvertreter geſchloſſen werden könne, davon ſagt die Stelle kein Wort. Auch hat ſich Ihering zum Beweiſe ſeines Prinzips auf dieſelbe gar nicht berufen.

[409]) Es ließe ſich ſogar bezweifeln, ob die fragliche Beſtimmung für alle Darlehen beſtehe: ſämmtliche einſchlagenden Stellen (L. 2 § 4, L. 9 § 8, L. 15 D. de R. C. [12, 1], L. 4 C. si cert. pet. [4, 2], L. 35 § 2 D. de donatt. [39, 5], L. 126 § 2 D. de V. O. [45, 1], L. 3 [2] C. per quas pers. [4, 27]) ſprechen vom Geldbarlehen. Doch dürfte Das nur Zufall ſein.

tretung für depositum, contractus pignerationis und commodatum natürlich grade so zu behaupten, wie für alle andern Obligationen; hiernach aber muß eine auf besondren Momenten (z. B. Vormundschaft, General- oder Spezialmandat, Ratihabition) beruhende Vollmacht gefordert werden. Die römische Bestimmung bezüglich des Darlehens hat also h. z. T. immer noch das praktische Interesse, daß hier, kraft allgemeiner Rechtsvorschrift, Jedermann als solcher Vollmacht hat, einem Andern die Forderung zu erwerben.

b) Was den von Jhering behaupteten Rechtssatz angeht, daß die aus Hingabe entspringenden Kondiktionen wegen mangelhafter causa durch einen stellvertretenden negotiorum gestor ohne Weiteres dem Vertretenen erworben werden, so muß hiegegen absoluter Widerspruch eingelegt werden. Jedenfalls wäre es höchst auffällig, wenn ein Satz, der sich bei den auf Rückgabe gerichteten Verträgen als Regel nicht bewährt hat, gelten sollte für Rückforderungsrechte, welche in der That nicht auf einem (Rückgabe festsetzenden) Vertrage beruhen, sondern auf der, in Folge eines (Hingebungs-) Vertrags eingetretenen, grundlosen Bereicherung. Mit andern Worten: Kann (in der Regel) nicht einmal durch bewußte und erklärte Absicht bei der Hingabe ein neg. gestor dem Vertretenen ein Rückforderungsrecht erwerben, so dürfen wir erwarten, daß er Demselben ein solches Recht noch viel weniger dadurch erwerben kann, daß er in Dessen Namen eine solche Leistung macht, bei welcher die Parteien eine Rückgabepflicht gar nicht erwähnen, letztre vielmehr unabhängig von einem (etwa) darauf gerichteten Parteiwillen eintritt.

Das Richtige scheint uns, daß die Römer bei den in Frage stehenden Hingaben allerdings Stellvertretung anerkannt haben, daß sie aber, damit dem Vertretenen die einschlagende Kondiktion erwachse, stets eine auf besondren Gründen (z. B. auf Vormundschaft, speziellem oder generellem Mandat, Ratihabition) beruhende Vollmacht erfordern[410]). Dieses Requisit tritt deutlich hervor namentlich in folgenden Stellen:

---

[410]) Daß unter dieser Voraussetzung hier Stellvertretung an-

L. 47 D. de cond. ind. (12, 6), L. 18 D. de cond. furt. (13, 1), L. 80 (M. 81) § 7 D. de furt. (47, 2) (vgl. zu dieser Stelle Windscheid, Pand. § 427 Anm. 4, wo richtig bemerkt wird, daß die Stelle das Geleistete ungenau als indebitum bezeichne; in Wahrheit ist die «condictio indebiti» der Stelle aber nicht, wie Windscheid offenbar annimmt, eine cond. causa data causa non secuta, sondern eine cond. sine causa: der verfolgte Zweck [sofortige Befreiung] ist ein unmöglicher), und in der (in der Regel nicht beachteten) L. 6 pr. D. de cond. ind. (von Paulus):

---

erkannt wurde, enthält keinen Widerspruch mit der, nach R. R. bestehenden, Unzulässigkeit der (selbst mandirten pp.) Stellvertretung im depositum, commodatum pp. Denn die in Rede stehenden Kondiktionen beruhen in der That nicht auf einem Rechtsgeschäft (s. L. 5 § 3 D. de O. et A.), sondern auf der, aus einem Rechtsgeschäfte unbeabsichtigter Maßen erwachsenden, ungerechtfertigten Bereicherung mit dem Schaden eines Andern (L. 206 D. de R. J.). Dieser Thatbestand wird aber, sobald eine besondre Vollmacht (kraft Mandats, Ratihabition pp.) bestanden hat, durch den Stellvertreter wirklich hergestellt; gleichgültig ob der Vertreter aus dem eignen oder aus dem Vermögen des Prinzipals geleistet hat: im ersten Fall hat er (mit actio mand., neg. gest. pp. contraria) Regreß gegen den Prinzipal auf Deckung; im zweiten geht durch das Mandat, die Ratihabition pp. das geleistete Objekt aus dem Vermögen des Prinzipals in das des Empfängers über.

Freilich wird man zugeben müssen, daß eine Abweichung von dem Erfordernisse des Schadens dann besteht, wenn ein Vormund Namens des Bevormundeten ein indebitum leistet. Der Vormund hat hierzu keine Legitimation; er ist nur zur Verwaltung der wirklichen Angelegenheiten des Bevormundeten gerufen. Daraus ergiebt sich, daß, namentlich dann, wenn die Leistung aus dem Vermögen des Vormunds erfolgt ist, der Vertretene gar keinen Schaden erlitten hat; denn Deckung könnte von ihm der Vormund nicht fordern. Trotzdem geben die Quellen dem Bevormundeten, auch in diesem Falle, ohne Weitres eine condictio indebiti (L. 57 pr. D. de cond. ind. [12, 6], L. 6 § 8 eod. [«— — — neque interesse, suam pecuniam an pupilli vel domini solvant»]). Offenbar beruht Das auf einer besondren Begünstigung der bevormundeten Personen. Vgl. übrigens L. 67 § 1 D. de cond. ind. (12, 6) («Tutor creditori pupilli sui plus, quam debetur, exsolvit et tutelae judicio pupillo non imputavit: Quaero, an repetitionem adversus creditorem haberet? Respondit, habere).

«Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti Labeo libris posteriorum scripsit — — —».

Ein Generalbevollmächtigter — daß von einem ſolchen die Rede iſt, wird im weiteren Verlauf der Stelle mitgetheilt — hatte, aus eignen Mitteln (vgl. Anm. 414), Namens des Prinzipals ein indebitum geleiſtet, alſo Etwas gethan, wozu er, trotz der Generalermächtigung, kein Mandat hatte[411]; Ratihabition iſt nicht erfolgt. Daß nun die von Labeo gewährte «repetitio» dem Prokurator, und nicht dem Prinzipal zuſtehen ſoll, kann einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen. Hätte Labeo an ein Rückforderungsrecht des Prinzipals gedacht, ſo entſtünde, durch ein nothwendiges argumentum e contrario, das Reſultat, daß, wenn der Prinzipal die Leiſtung ratihabirt, er keine repetitio hätte — Was offenbar ſinnlos wäre. Vielmehr hat bei nicht erfolgender Ratihabition der Vertreter eine condictio; erſt wenn der Prinzipal ratihabirt und dadurch bewirkt hat, daß die Leiſtung wirklich auf ſeine Rechnung geſchehen iſt (ſ. Anm. 410), hat Er nun ein Kondiktionsrecht[412].

---

[411]) Vgl. L. 6 pr. cit. arg. verbb. «quoniam, cum quis procuratorem verum suarum constituit, id quoque mandare videatur, ut solvat creditori, neque postea exspectandum sit, ut ratum habeat».

[412]) Nach dem Geſagten müſſen wir, wie mir ſcheint, nothwendig annehmen, daß der § 3 derſelben Stelle («Julianus ait neque tutorem neque procuratorem solventes repetere posse neque interesse, suam pecuniam an pupilli vel domini solvant»), für den Fall, daß der Vertreter aus eignem Vermögen geleiſtet hat, mit dem pr. im Widerſpruch ſteht (bezüglich des procurator; bezüglich des tutor wird er durch L. 57 pr. eod. [von Papinian] gefeſtigt). Daß auch dieſer § 3 von einem Generalbevollmächtigten, alſo von einem Solchen ſpricht, der zur Leiſtung eines Indebitum keine Ermächtigung hatte, iſt nach dem ganzen Zuſammenhang zweifellos. Wenn nun Julian dem procurator, der aus eignen Mitteln geleiſtet hat, die repetitio ſelbſt dann ab-, dem Prinzipal aber (offenbar) zuſpricht, wenn Letzterer nicht ratihabirt, ſo kann dieſe, nicht nur mit L. 6 pr. (alſo mit Labeo), ſondern auch mit L. 47 eod. (von Celsus), L. 18 de cond. furt. (von Scaevola) und auch L. 80 (81) de furt. (von Papinian) in Widerſpruch befindliche Anſicht offenbar keinen Anſpruch auf Geltung erheben. Allerdings aber hätten die Kompilatoren

Wenn daher

L. 6 C. de cond. ind. (4, 5):

«Si per ignorantiam facti non debitam quantitatem pro alio solvisti, et hoc, adito Rectore provinciae, fuerit probatum, hanc ei, cujus nomine soluta est, restitui eo agente providebit.»

des Erforderniſſes des (ſpeziellen) [413]) Mandats, der Ratihabition oder dergl. nicht erwähnt, ſo ſind wir nach dem Geſagten vollberechtigt, jenes Requiſit, als ſelbſtverſtändliches, zu ſuppliren.

Sonach hat ſich alſo unſre obige Behauptung, daß die in Frage ſtehenden Kondiktionen (indebiti, causa data causa non secuta u. ſ. w.) durch einen ſtellvertretenden negotiorum gestor nicht ohne Weiteres erworben werden, wie wir glauben, vollſtändig bewährt: für den Fall, daß der Vertreter aus Eignem geleiſtet hat, darum, weil der Vertretene erſt durch ſeine Ratihabition dem Vertreter deckungspflichtig wird, alſo Schaden erleidet — für den Fall, daß der Vertreter aus dem Vermögen des Vertretenen geleiſtet hat, darum, weil erſt durch Ratihabition (oder gewiſſe andre Ereigniſſe, ſ. Anm. 414) das geleiſtete Objekt in das Vermögen des Empfängers übergeht und auf dieſe Weiſe der Vertretene geſchädigt wird [414]).

---

im Intereſſe der Deutlichkeit beſſer gethan, die Anſicht, die Julian bezüglich des Generalbevollmächtigten hatte, zu verſchweigen. — Wegen des Falles, daß der procurator aus dem Vermögen des Prinzipals geleiſtet hat, ſ. Anm. 414.

[413]) Durch einen Generalmandatar wird die condictio indebiti, den vorſtehenden Ausführungen gemäß, nicht ohne Weitres erworben. Dagegen iſt durch Solchen der Erwerb z. B. einer cond. causa data causa non secuta recht wohl möglich, da das dare ob causam in die Geſchäftsſphäre des Prinzipals fallen kann (Was bei der solutio indebiti nie möglich iſt).

[414]) Schließlich iſt noch zu bemerken, daß, wenn der ſtellvertretende neg. gestor aus dem Vermögen des Vertretenen ein indebitum oder ob causam futuram pp. geleiſtet hat, der gestor ſelbſt natürlich kein Rückforderungsrecht hat, da er ja gar nicht geſchädigt iſt; ſ. L. 46 D. de

§ 22. Pfandrechtserwerb. [415])

I. Nach vorjuſtinianiſchem Rechte war Stellvertretung beim Pfandrechtserwerbe ſo wenig möglich, wie überhaupt im Prinzipe bei allen Rechtsgeſchäften. Es konnte alſo weder durch die ſtellvertretende Handlung eines Tutors, Mandatars oder dgl. noch durch die eines negotiorum gestor dem Vertretenen ein Pfandrecht beſchafft werden, durch den neg. gestor auch dann nicht, wenn Ratihabition nachfolgte.

Das Geſagte würde ſchon dann angenommen werden müſſen, wenn die Quellen über die Frage gänzlich ſchwiegen. Zum

---

cond. ind.: «Qui heredis nomine legata non debita ex nummis ipsius heredis solvit, ipse quidem repetere non potest — — —». Was aber den Vertretenen anlangt, ſo fährt die Stelle fort: «sed si ignorante herede nummos ejus tradidit, dominus, ait, eos recte vindicabit», entſcheidet alſo Nichts über die Kondiktionsfrage. Hierüber muß aber m. E. Folgendes geſagt werden. Erfolgt eine Ratihabition, geht alſo hierdurch das geleiſtete Objekt in das Vermögen des Empfängers über, ſo hat der Vertretene nun zweifellos die cond. indebiti. Erfolgt zwar keine Ratihabition, aber eine Konſumtion oder Kommixtion, ſo ſteht dem Vertretenen ſchlimmſten Falls eine condictio sine causa zu; denn der Empfänger hat ſich aus ſolchem fremdem Gelde bereichert, welches er auf Grund eines nur putativen Titels erlangt hatte (vgl. meine ächte und und unächte neg. gestio § 7). Es kann aber nicht wohl bezweifelt werden, daß hier dem Vertretenen vielmehr die (unter Umſtänden vortheilhaftere) condictio indebiti zuſteht. Denn da Komſumtion und Kommixtion das geleiſtete Objekt, wenigſtens dem Werthe nach, grade ſo gut aus dem Vermögen des Prinzipals bringen, wie ſeine Ratihabition, ſo iſt nunmehr durch die auf Namen des Prinzipals geſchehene solutio indebiti Demſelben wirklich ein Schaden erwachſen. Daß er hier die condictio indebiti wirklich hat, iſt offenbar auch die Anſicht der L. 6 § 3 de cond. ind. (einer Stelle, die wir [Anm. 412] nur bezüglich des Falles, daß der Vertreter aus eignem Vermögen geleiſtet hat, als verwerflich bezeichnet haben).

[415]) Vgl. zum Folgenden: Buchka, Stellvertretung S. 86, 87 (vgl. mit S. 81—86); Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 203—209; Scheurl, krit. V.-Schrift Bd. 2 S. 444, 445; Ihering, Jahrbb. für Dogm. Bd. 2 S. 107, 108; Unger, daſelbſt Bd. 10 S. 6, 7 (Anm. 8); Brinz, Pand. S. 1610; Windſcheid, Pand. § 73 Anm. 12 (woſelbſt noch weitere Nachweiſungen).

Ueberfluß wird es aber bestätigt durch die L. 11 § 6 D. de pign. act. (13, 7):

> «Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur, adeo ut ne per procuratorem (plerumque) vel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneraticia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro posse per liberam personam possessionem adquiri: nam hoc eo pertinebit ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem adprehendere, ipsam autem obligationem libera persona nobis non (semper) adquiret.»

Es darf heute als nahezu feststehend betrachtet werden, daß die von uns eingeklammerten Worte «plerumque» und «semper» nicht von Ulpian herrühren, sondern daß sie von den Kompilatoren, um die Stelle in Harmonie zu bringen mit der (unter II zu besprechenden) L. 2 C. per quas pers. (4, 27) eingeschaltet worden sind[416]).

Ich beschränke mich daher darauf, daß ich auf zwei Momente hinweise, welche jene Interpolationen meines Erachtens außer allen Zweifel stellen müssen. (1.) Zunächst wäre es, wenn Ulpian wirklich in gewissen Fällen Stellvertretung im Pfandrechtserwerb hätte gestatten wollen, mehr wie ungeschickt gewesen, Dies so auszudrücken, wie die Stelle thut. Mit den Worten «ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem adquiratur» wird die Unzulässigkeit jener Stellvertretung als Regel, mit den Worten «ipsam — — non semper adquiret» aber als Ausnahme hingestellt — eine Ungeschicklichkeit, welche wir wohl den Kompilatoren, nicht aber dem Ulpian zutrauen dürfen. (2.) Ferner ist klar, daß der Passus «ne per procuratorem plerumque pp.» grammatisch geradezu unmöglich ist; das einzige Wort, welches nach procuratorem grammatisch erwartet werden kann,

---

[416]) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 204 Anm. 10, wo die wenigen Dissentienten angeführt sind.

ist quidem[417]); an Dessen Statt haben die Kompilatoren das plerumque gesetzt.

Für nicht interpolirt dagegen halte ich die L. 21 pr. D. de pign. (20, 1) (ebenfalls von Ulpian):

> «Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratam habente me conventionem vel mandante, quasi inter me et colonum meum convenisse videatur.»

Nicht die leiseste äußere Spur einer Interpolation ist hier zu bemerken. Dazu kommt, daß die Kompilatoren hier zu einer solchen gar keine Veranlassung hatten. Denn die L. 2 C. cit. setzt die Möglichkeit einer Stellvertretung, wie wir sogleich sehen werden, für einen ganz andren Fall, und für diesen auch dann fest, wenn weder Mandat noch Ratihabition vorliegt.

Sonach müssen wir annehmen, daß die L. 21 pr. cit. so wie wir sie besitzen aus der Feder des Ulpian geflossen ist. In einem Widerspruch mit seiner eigenen in L. 11 § 6 cit. vorgetragenen Lehre kann er sich aber unmöglich befinden. Und da ist nun keine andre Erklärung möglich, als die, daß Ulpian in L. 21 pr. cit. den als Stellvertreter unzulässigen Mittelsmann in einen — schon nach klassischem Rechte zulässigen — Boten konvertirt, daß er m. a. W. den Vertrag als (wirklich) zwischen dem Verpfänder und Gläubiger geschlossen ansieht: im Falle des vom Gläubiger ertheilten (speziellen) Mandats in der Weise, daß der Mittelsmann Bote des Gläubigers, im Falle der Ratihabition in der Weise, daß er Bote des Verpfänders sei[418]).

---

[417]) Ulpian will also sagen, daß Pfandrechtserwerb nicht einmal durch einen stellvertretenden Tutor, Mandatar pp. möglich sei, während der Besitz, zwar ebenfalls nicht durch einen neg. gestor als solchen, aber durch einen Tutor, Mandatar pp. (auch durch einen neg. gestor, falls Ratihabition erfolgt) erworben werden könne.

[418]) Ich schließe mich demnach im Ganzen der Erklärung Dernburg—Scheurl's an, wiewohl Unger a. a. O. S. 7 meint, diese

Es liegt aber auf der Hand, daß dieser Ausweg äußerst gezwungen, und zudem ungenügend ist. Gezwungen: denn der Mittelsmann der Stelle ist, sowohl der Absicht, wie dem äußern Auftreten nach, in der That selbsthandelnd, also Stellvertreter; der Pfandvertrag wird von Ihm geschlossen, nicht vom Prinzipal. Ungenügend aber ist Ulpian's Ausweg diesetwegen. Ist der Mittelsmann Bote des Gläubigers, so muß, wenigstens nach der Vernehmungstheorie, die Vertragserklärung des Verpfänders dem Gläubiger zugekommen und bekannt geworden sein[419]). Ist aber der Mittelsmann Bote des Verpfänders, so muß, wenigstens nach jener Theorie, die Vertragserklärung des Gläubigers (als welche die „Ratihabition" erscheinen würde) dem Verpfänder zugekommen und bekannt geworden sein[420]); und jedenfalls würde das Zustandekommen des Vertrags dadurch

---

Erklärung „scheitere an den Worten convenerit und ratam habente me conventionem." Zwar ist es auch mir nicht zweifelhaft, daß „der Prokurator selbst mit dem Pächter über das Pfandrecht übereinkömmt" (Unger a. a. O.), daß er m. a. W. der kundgegebenen Intention nach in Wahrheit Stellvertreter ist, daß also die von Ulpian im Interesse möglichster Aufrechterhaltung des Geschäfts vorgenommene Konversion eine höchst gezwungene ist (s. das Im Text Folgende). Daß er aber jene Konversion wirklich vornimmt, scheint mir sicher; es paßt dazu die durch die Ausdrücke «quasi» und «videatur» angewendete Doppelvorsicht.

Die eigene Meinung Unger's ist diese: „Da der Vertreter das zunächst in seiner eigenen Person erworbene Pfandrecht auf den Prinzipal übertragen mußte, ja da der Dominus überhaupt aus dem Geschäfte seines Prokurators ohne Weiteres eine Klage (actio utilis) hat, so kommt es schließlich, dem Endeffekt nach, darauf hinaus, und mag daher so angesehen werden, als ob der Verpächter selbst sich hätte ein Pfandrecht bestellen lassen." Diese Ansicht wird aber, abgesehen von allem Andern, schon dadurch widerlegt, daß der Vertreter, welchem die betreffende Forderung ja gar nicht zusteht, für dieselbe unmöglich selber ein Pfandrecht erlangen kann. Vgl. Anm. 423.

[419]) Was bei (zulässiger) bevollmächtigter Stellvertretung natürlich unnöthig wäre. — Daß die mittelst des Boten gestellte Offerte durch Tod, Wahnsinn, Widerruf pp. untergehen würde, darf nicht so sehr urgirt werden; denn dieselben Ereignisse zerstören auch die ertheilte Bevollmächtigung zur Stellvertretung.

[420]) Was wir zu gültiger Ratihabition einer stellvertretenden neg. gestio nicht erfordern. S. oben § 8.

vereitelt werden, daß der Verpfänder vorher ſtirbt, wahnſinnig wird, ſeine Offerte widerruft, u. ſ. w. [421]).

II. Während aber, dem Geſagten zufolge, nach klaſſiſchem Rechte (wahre) Stellvertretung beim Pfandrechtserwerbe unmöglich war, ſo hat Juſtinian von dieſer Unzuläſſigkeit eine wichtige Ausnahme gemacht. In L. 2 (Kr. L. 3) C. per quas pers. (4, 27) verordnet er Folgendes:

> «Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, adquiritur ei cujus nomine pecunia credita est per hujusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca vel pignus, quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus adquiritur, talem differentiam expellentes sancimus et condictionem et hypothecariam actionem vel pignus ipso jure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est domino contractus cedere actionem, quare non ab initio quemadmodum in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in hypothecis et pignoribus simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem seu pignoris vinculum vel retentionem sibi adquisitam?»

Ueber dieſe Beſtimmung iſt Folgendes zu bemerken.

1) Sie bezieht ſich nicht auf Pfandbeſtellungen für Forderungen überhaupt, ſondern nur auf ſolche für Darlehensforderungen. Es geht Das ſchon aus der Verbindung «et condictionem et hypothecariam actionem vel pignus» hervor, noch mehr aber aus dem interpolirten «plerumque» der L. 11 § 6 D. de pign. act., welches beweiſt, daß auch nach Juſtinian's Verordnung die Unzuläſſigkeit der Stellvertretung beim

---

[421]) Im Falle der ſtellvertretenden neg. gestio ſind alle jene Ereigniſſe irrelevant; nur Widerruf kann, unter Umſtänden, gültig erfolgen (ſ. oben § 19).

Pfandrechtserwerb die Regel blieb. Nur bei dem Darlehen trat die von Justinian gerügte «differentia» hervor. Die andren Forderungen konnten selber so wenig durch einen Stellvertreter erworben werden, wie ein Pfandrecht für sie durch einen Solchen erlangt werden konnte; Justinian fand daher hier keine Veranlassung, Etwas abzuändern.

2) Nicht erfordern dürfen wird man zur Anwendung der Stelle, daß Darlehen und Pfandbestellung gleichzeitig erfolgt sind. Allerdings denkt die Stelle, wie natürlich, zunächst an diesen Fall. Man würde aber Justinian's Intention gewiß zuwiderhandeln, wenn man den zufälligen Umstand, daß der Pfandvertrag etwa erst nach dem Darlehen geschlossen worden ist, für so wesentlich erklären wollte, daß dann jene Bestimmung anwendbar sei.

3) Auch Dieses kann Nichts verschlagen, daß der im Pfandvertrag Vertretene die Darlehensforderung etwa durch eigne Handlung erworben hat. Sowenig Justinian diesen Fall direkt im Auge hat, so paßt doch sein ganzer Gedankengang auch auf ihn. So gut hier dem Prinzipal durch den Vertreter die Darlehensforderung hätte erworben werden können, so gut muß ihm, im Sinne Justinian's, derselbe (blos) ein Pfandrecht für jene Forderung erwerben können.

4) Zum Erwerb des Pfandrechts für den Vertretenen ist so wenig wie zum Erwerb der Darlehensforderung (s. § 21) eine besondre Vollmacht des Vertreters (kraft Vormundschaft [generellen oder speziellen] Mandats, Ratihabition u. s. w.) nöthig. Für die Darlehensforderung darf Das als feststehend betrachtet werden (s. den eben angef. §); grade die vorliegende Stelle bildet einen Beweisgrund[422]). Da nun Justinian bezüglich der Stellvertretungsmöglichkeit offenbar jeden Unterschied zwischen Erwerb von Darlehensforderung und Pfandrecht aufheben will, so müssen wir auch für letztres annehmen, daß er dessen Erwerb

---

[422]) Verb. «Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, adquiritur ei cujus nomine pecunia credita est per hujusmodi numerationem condictio».

durch jeden Stellvertreter zugelaſſen, m. a. W. daß er auch hier ſtellvertretende negotiorum gestio als ſolche (d. h. ohne Ratihabitionsbedürfniß) anerkannt hat. Daß er beim Pfanderwerb von «procurator» ſpricht, ſteht Dem nicht entgegen; denn bekanntlich gebrauchen die Quellen dieſen Ausdruck ſehr häufig von jedem als Stellvertreter Handelnden. — [422]).

III. Was das heutige Recht angeht, ſo iſt Stellvertretung beim Pfandrechtserwerb nach allgemeinen über Stellvertretung in Rechtsgeſchäften geltenden Grundſätzen für alle Forderungen zuläſſig, vorausgeſetzt, daß eine auf einem beſondren Momente (Vormundſchaft, Ratihabition, Mandat u. ſ. w.) beruhende Vollmacht exiſtirt. Für Darlehensforderungen aber iſt auch h. z. T. noch von praktiſchem Intereſſe, daß hierfür dem Gläubiger Jedermann ein Pfandrecht erwerben kann.

---

[422]) Schließlich noch die Bemerkung, daß Juſtinian mit den Worten «sine aliqua cessione» und «Si enim procuratori necessitas legibus imposita est domino contractus cedere actionem» meines Erachtens ein entſchiedenes Mißverſtändniß verräth. Denn da ſchon nach vorjuſtinianiſchem Recht durch das auf Namen eines Andern gegebene Darlehen blos dieſer Andre eine Forderung erwarb, nicht aber der Vertreter, ſo konnte Letztrer ein jene Forderung ſicherndes Pfandrecht ſich ſelbſt gar nicht erwerben, alſo auch keine Pfandklage zediren. (Beſtätigt wird Das durch L. 11 § 6 D. de pign. act., verb.: «Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur, adeo ut ne per procuratorem [plerumque] vel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneraticia convenientur». Dieſe Stelle ſpricht offenbar von Fällen, wo von Anfang eine Forderung des Prinzipals ſchon vorlag, und nur das Pfandrecht Demſelben durch Stellvertreter erworben werden ſoll. Es fällt nun Ulpian gar nicht bei [Was doch an ſich ſo nahe lag wie nur möglich], zu behaupten, daß der Stellvertreter, alſo ein Nichtgläubiger, ein Pfandrecht erlangen könne. Er erklärt ihn vielmehr nur als haftbar [und berechtigt] aus dem [obligatoriſchen] contractus pigneraticius). Richtig iſt Juſtinian's Idee, nur für die Fälle, wo Jemand eine andre, als eine Darlehensforderung, für einen Andern begründen und dafür (alſo nicht für eine Demſelben von Anfang an zuſtehende Forderung) ihm ein Pfandrecht erwerben wollte: hier konnte und mußte nach R. R. der Handelnde Forderung und Pfandrecht zunächſt ſelbſt erwerben, und ſodann erworbenen Klagen dem Prinzipal zediren.

§ 23. Die ſogenannte utilis actio de in rem verso [424]).

In den beiden vorigen Paragraphen handelte es ſich um lauter — wirkliche oder angebliche — Fälle, wo durch die ſtellvertretende negotiorum gestio als ſolche dem Vertretenen ein Recht resp. eine Befreiung erwuchs.

Es fragt ſich nun aber, ob Derſelbe durch die ſtellvertretende neg. gestio als ſolche möglicherweiſe verpflichtet wird. Da kommt denn Alles auf das Weſen der in der Ueberſchrift genannten Klage an.

I. Das Quellenmaterial, welches ſich über dieſe Klage findet, iſt von ſehr geringem Umfange. Den Hauptſitz derſelben bildet die L. 7 § 1 C. quod cum eo (4, 26):

> «Alioquin si cum libero rem agente ejus, cujus precibus meministi, contractum habuisti et ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem ejus pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.»

Um über dieſe vielerörterte Stelle zur Klarheit zu gelangen, ſchlagen wir folgenden Weg ein.

Wenn Jemand im Intereſſe eines Andern Geld von einem Dritten annimmt [425]), ſo unterſcheiden die Römer offenbar drei Hauptfälle:

1) Es ſoll überhaupt gar keine Darlehensſchuld be-

---

[424]) Die Literatur über dieſe Klage ſ. bei Windſcheid, Pand. § 483 Anm. 5, und bei L. Seuffert, Ratihabition S. 62, Anm. 9.

[425]) Daß die L. 7 § 1 cit. jedenfalls Soviel vorausſetzt, iſt ganz unzweifelhaft. Daß es ſich um einen Geldempfang handelt, beweiſt namentlich das principium der Stelle; daß der Empfänger im Intereſſe eines Andern handelt, ſagen die Worte «rem agente ejus pp.».

gründet werden, weder in der Perſon des Empfängers [426]) noch in der des Prinzipals, ſondern die Beſtimmung des Geldes für den Prinzipal tritt in der Weiſe hervor, daß der Hingebende einfach als negotiorum gestor Deſſelben erſcheint. Von dieſem Falle ſpricht die L. 6 § 1 (M. L. 5 § 3) D. de neg. gest.:

> «Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam. — —»

Ob der Empfänger Mandatar des Prinzipals iſt oder bloſer neg. gestor — in jener Stelle iſt er, wie es ſcheint, Generalmandatar — iſt für den Hingebenden inſofern gleichgültig, als Er jedenfalls bloſer neg. gestor iſt: iſt der Empfänger Mandatar, ſo hat der Hingebende, zwar (ſei es bezüglich des Geſchäfts als ſolchen ſei es bezüglich der Wahl der von ihm mit der Ausführung betrauten Perſon) eine voluntas domini (cf. L. 3 § 4 D. de in rem verso [15, 3]) für ſich, aber immerhin kein mandatum.

2) Der grade umgekehrte Fall iſt der, wo der Empfänger das Geld (rein) in eignem Namen (obgleich in fremdem Intereſſe) annimmt. Hier entſteht eine Darlehensobligation, aber nur in ſeiner Perſon: L. 4 C. si tutor (2, 25):

> «Si creditor non vestram personam, sed curatorum secutus cum ipsis contractum habuit et ab ipsis stipulatus est, nullam ei prorsus adversus vos actionem competere manifestum est.» [427])

---

[426]) Denn «non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur.» (L. 19 pr. D. de R. C. [12, 1].)

[427]) Die ſcheinbar entgegenſtehenden L. 13 C. si cert. (4, 2) erklärt ſich meines Erachtens am ungezwungenſten, wenn man mit Scheurl, Jahrbb. für Dogm. Bd. 2 S. 30 (gegen Ihering daſelbſt Bd. 1 S. 335, 336, und trotz Deſſen Bemerkungen daſ. Bd. 2 S. 179, 180 [Anm. 108])

Es ist Das also der Fall der Zwischenperson. Hier wird der Prinzipal dem Dritten weder dann verpflichtet, wenn die Zwischenperson durch Vormundschaft, Auftrag pp. legitimirt war, noch dann, wenn der Prinzipal ihre Thätigkeit ratihabirt hat, noch endlich, wenn diese Thätigkeit für ihn vortheilhaft war[428]).

3) Es ist aber auch der — zwischen den beiden vorigen in der Mitte stehende — Fall möglich, daß der Empfänger zwar eine eigne Darlehensschuld begründet, daß aber die Bestimmung des Geldes für die Interessen des Prinzipals in der Weise rechtsgeschäftlich hervortritt, daß der Verpflichtungswille des Hingebenden sich nicht blos auf den Empfänger, sondern auch auf den Prinzipal richtet.

In diesem Falle verstatten die Römer dem Hingebenden, neben der Darlehensklage gegen den Empfänger, unter gewissen Voraussetzungen auch gegen den Prinzipal eine Klage. Ist der Empfänger durch Vormundschaft, Mandat, Ratihabition pp. legitimirt, so hat der Hingebende gegen den Prinzipal sowohl die actio quasi institoria[429]), wie die actio negotiorum gestorum

---

annimmt, daß das «in res alienas» bedeutet: „unter Verpfändung fremder Sachen" — wonach also der Passus «principaliter u. s. w.» nicht die Hauptschuld im Gegensatz zu einer accessorischen Haftung des Eigenthümers, sondern die persönliche Schuld im Gegensatz zur Pfandhaft bezeichnet: persönlich haftend ist also der Eigenthümer hier gar nicht.

[428]) Cf. L. 49 D. de cond. ind. (12, 6): «His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est (mag ihnen Selbst oder ihrem Stellvertreter geleistet worden sein), non quibus profuit.

[429]) Aus dem Gesichtspunkte einer (unvollkommenen) Stellvertretung des Prinzipals durch den Empfänger (s. o. § 4). L. 10 § 5 D. mand. (17, 2): «Idem Papinianus libro eodem refert fidejussori condemnato, qui ideo fidejussit, quia dominus procuratori mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet (also nöthigenfalls auch einen Bürgen stelle), utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur». So wie hier dem Bürgen neben der actio mandati contraria gegen den Hauptschuldner dieselbe Klage gegen Dessen Prinzipal als quasi institoria gegeben wird, so hätte der Gläubiger neben der actio mutui gegen den Hauptschuldner dieselbe Klage gegen Dessen Prinzipal als quasi institoria.

contraria[430]). Iſt aber der Empfänger blos negotiorum gestor des Prinzipals und erfolgt auch keine Ratihabition, ſo fällt die actio quasi inst. weg; ob die actio neg. gestorum erhoben werden kann, hängt davon ab, ob die gestio eine utilis iſt[431]).

Arg. L. 31 pr. cit. (Anm. 430), verb.

«etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa»: hätte der Gläubiger resp. der Bürge ſich nicht auf einen Willen des Prinzipals berufen können, ſo wäre eine in rem versio oder Was Daſſelbe iſt eine utilitas negotii erfordert geweſen. —

Betrachten wir nunmehr unſre L. 7 § 1 cit. abermals, ſo gelangen wir zur Anſicht, daß dieſelbe von dem dritten der eben unterſchiedenen Fälle ſpricht[432]).

Daß ſie den erſten Fall (wo alſo der Hingebende lediglich negotiorum gestor ſein, alſo blos den Prinzipal verpflichten will) nicht im Auge hat, iſt, wegen der Worte «et ejus personam elegisti», ganz zweifellos. Eher aber könnte man wegen dieſer Worte umgekehrt an den zweiten Fall denken (wo alſo blos der Empfänger [mit actio mutui] verpflichtet werden ſoll). Allein ſo ſehr es ſcheint, als ob durch dieſe Worte der Wille des Hingebenden, ausſchließlich den Empfänger zu verpflichten, be-

---

[430]) L. 31 (M. 30) pr. D. de neg. gest.: «Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cujus literas creditor secutus contraxit et fidejussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori, scilicet ad exemplum institoriae actiones». Die letzten Worte wollen nicht die actio quasi institoria bezeichnen, ſondern ſagen, daß das Erforderniß der utilitas negotii, welches für die actio negotiorum gestorum contraria in der Regel beſteht, hier wegfalle, weil der gestor, wie bei der act. inst. (und quasi inst.), ſich auf den Willen des Prinzipals berufen kann.

[431]) Ob alſo entweder die Hingabe durch den gestor als ſolche für den Prinzipal von wahrem Intereſſe war oder doch eine (gegenwärtige) Bereicherung Deſſelben daraus erwachſen iſt.

[432]) Dies nimmt auch Ihering, Jahrbb. für Dogm. Bd. 1 S. 343, 344 an.

zeichnet werden ſolle, ſo verſchwindet dieſer Schein doch bei Prüfung des Zuſammenhangs der ganzen L. 7. Im Prinzipium der Stelle iſt nämlich von dem Falle die Rede, daß Jemand einem Sklaven ein Darlehen giebt, und wird von den Kaiſern entſchieden, daß der Hingebende, ſofern die betreffenden Vorausſetzungen vorliegen, die actio de in rem verso und die actio de peculio anſtellen kann. Im § 1 wird dagegen der Fall entſchieden, daß das Geld einem Freien geliehen worden iſt, in welchem Fall ſehr abweichende Grundſätze zur Anwendung kommen. Mit den Worten «et ejus personam elegisti» wird nun m. E. lediglich eben der Umſtand, daß einem Freien kreditirt worden iſt, (nochmals) betont[433]) — nicht alſo geſagt, daß der Hingebende blos den Empfänger auf's Korn genommen habe; es bleibt immer noch recht wohl möglich, daß er (auch) im Hinblick auf den Prinzipal gehandelt hat.

Daß Das aber wirklich der Fall iſt, dürfen wir nicht nur, ſondern müſſen wir unterſtellen, wenn wir nicht in unlösbaren Konflikt ſowohl mit der sub 2) zitirten L. 4 C. si tutor als mit dem natürlichen Rechtsgefühl kommen wollen; denn es wäre jedenfalls höchſt abſonderlich, daß Jemand aus einem Rechtsgeſchäfte einem Solchen verpflichtet werden ſollte, welcher ihn gar nicht verpflichten wollte[434]). —

Nach den vorſtehenden Erörterungen kann nun aber auch über die ſo vielbeſtrittene Natur der in L. 7 § 1 cit. gewährten Klagen ein Zweifel nicht mehr obwalten. Im Falle der erfolgten Ratihabition hat der Darleiher (neben ſeiner actio mutui gegen den Empfänger) gegen den Ratihabenten ſowohl die

---

[433]) Allerdings iſt Das, ſtreng genommen, eine unnöthige Wiederholung; allein dieſelbe wird begreiflich, wenn man bedenkt, daß die Kaiſer den Anfragenden recht aufmerkſam machen wollten darauf, daß er es ſich ſelber zuzuſchreiben habe, wenn er ſich mit einem Freien, und nicht mit einem Sklaven des Prinzipals eingelaſſen habe, in welchem Falle er Letztren in weit größerem Umfange hätte belangen können.

[434]) Allerdings wird der Gewalthaber mit actio de peculio und actio de in rem verso auch dann haftbar, wenn ihn der mit dem Gewaltunterworfenen Kontrahirende gar nicht verpflichten wollte; allein es bedarf kaum der Bemerkung, daß ſich Das aus beſondren, durch das Gewaltverhältniß bedingten Umſtänden erklärt.

actio mutui quasi institoria als die actio negotiorum gestorum contraria. Erfolgt aber keine Ratihabition, ſo kann von der erſteren Klage keine Rede ſein; iſt aber die negotiorum gestio des Hingebenden utilis[435]), ſo hat er (neben der actio mutui gegen den Empfänger) die actio negotiorum gestorum contraria gegen den Prinzipal.

Hiernach kann jedenfalls dieſe Stelle zum Beweiſe der Exiſtenz einer ſ. g. utilis actio de in rem verso nicht angerufen werden. Die in der Stelle gewährten Klagen ſind andre. Was alſo insbeſondre den — nach der Aufgabe dieſes unſres Abſchnitts vorzüglich intereſſirenden — Fall angeht, daß keine Ratihabition erfolgt, ſo beruht die dem Hingebenden gewährte Klage nicht auf der (ſtellvertretenden) neg. gestio des Empfängers[436]), ſondern auf der, dieſer parallel gehenden, (nicht ſtellvertretenden[437])) neg. gestio des Hingebenden. Nicht weil

---

[435]) Vgl. Anm. 431. — Daß der Ausdruck «nisi vel in rem ejus pecunia processit» in der That nichts Andres als eben die Utilität der negotiorum gestio bezeichnen will, uns alſo nicht nöthigt grade an eine (utilis) actio de in rem verso zu denken, beweiſt die ſchon erwähnte L. 31 pr. D. de neg. gest. (Anm. 420), welche zur act. neg. gest. contraria offenbar entweder Ratihabition oder «in rem versio» (= utilitas) verlangt. Die (verbreitete) Annahme, der Darleiher habe eine ſ. g. utilis actio de in rem verso — wonach alſo, analog der wahren actio de in rem verso (cf. L. 3 § 2 D. h. t. [15, 3]) es darauf ankäme, ob dem Empfänger gegen den Prinzipal eine actio neg. gestorum (resp. mandati) contraria zuſtünde, alſo unter dieſer Vorausſetzung der Darleiher eine Klage, nämlich eben eine «utilis actio de in rem verso», gegen den Prinzipal (des Empfängers) hätte — dieſe Annahme iſt m. E. namentlich darum höchſt bedenklich, weil eine ſo wichtige Ausdehnung der actio de in rem verso mit viel größerer Deutlichkeit hätte geſchehen müſſen, als in L. 7 § 1 cit. der Fall wäre. Wichtig wäre jene Ausdehnung namentlich darum geweſen, weil die act. de in rem verso nicht vorausſetzt, daß der Hingebende den Prinzipal (des Empfängers) verpflichten wollte, m. a. W. weil dieſe Klage auch dann eintritt, wenn der Empfänger (rein) auf eignen Namen entliehen hat. Die actio neg. gestorum (contraria) dagegen ſetzt (wenigſtens damit auf volle Entſchädigung geklagt werden kann) die Abſicht des Hingebenden, den Prinzipal zu verpflichten, voraus.

[436]) Vgl. Anm. 435.

[437]) Der Hingebende handelt, wenn auch im Hinblick auf den Prinzipal, ſo doch natürlich (rein) im eignen Namen.

der Darleiher mit einem Stellvertreter kontrahirt hat, der eine actio neg. gest. gegen den Vertretenen hat, sondern weil der Darleiher selbst neg. gestor ist, hat er eine Klage [438]). —

Zweifelhafter ist m. E. die Bedeutung der L. 82 D. pro socio (17, 2):

> «Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.»

Wenn hier überhaupt von einer Verpflichtung dem Darleiher gegenüber die Rede ist, so muß die Stelle eben so erklärt werden, wie die L. 7 § 1 C. cit. Es muß dann also angenommen werden, daß der handelnde socius das Darlehen, nach Verhältniß der Societätsantheile der Andern, als deren (unvollkommener) Stellvertreter aufgenommen hat [439]), und daß die dem Darleiher gegen diese Andern gewährte Klage die actio neg. gest. contraria ist (wozu im Falle der Ratihabition die actio quasi institoria käme).

Ungezwungener und richtiger aber scheint es mir zu sein, wenn man die L. 82 gar nicht auf die Verpflichtung der andren socii gegenüber dem Darleiher, sondern auf die dem socius gegenüber bezieht, welcher das Darlehen aufgenommen hat. Denn Papinian spricht von einem Obligirtwerden «jure societatis», d. h., wie mir dünkt, von dem Haftbarwerden mit actio pro socio. Der Sinn der Stelle ist also dieser: Wenn ein socius ein Darlehen aufnimmt, so kann er (verhältnißmäßigen) Ersatz (resp. Entlastung) von den übrigen socii nur unter der Voraussetzung verlangen, daß die Darlehensaufnahme das Sozietätsinteresse gefördert hat.

Hiernach liegt die Stelle für uns weitab.

---

[438]) Während die im Falle der Ratihabition (außer der actio neg. gest. contraria) zuständige actio quasi institoria auf der Idee der (unvollkommenen) Stellvertretung (durch den Empfänger) allerdings beruht.

[439]) Vgl. Ihering, Jahrbb. für Dogm. Bd. 1 S. 344.

II. Hat ſich nunmehr die ſ. g. utilis actio de in rem verso lediglich als eine actio negotiorum gestorum contraria, und resp. als eine actio quasi institoria entpuppt, ſo iſt nun noch die Frage aufzuwerfen, wie es ſtehe, wenn heutzutage Jemand mit einem ſtellvertretenden negotiorum gestor kontrahirt?

Daß im Falle der Ratihabition heute nicht mehr die actio quasi institoria, ſondern die direkte Kontraktsklage platzgreift, iſt oben (§ 4) gezeigt worden. Eben darum könnte man aber Zweifel hegen daran, daß heute noch, im Falle der Ratihabition oder der Utilität des Kontrakts eine actio negotiorum gestorum des Mitkontrahenten des gestor beſtehe. Denn, könnte man ſagen, wie kann man negotiorum gestor Deſſen ſein, welchen man zu ſeinem direkten Schuldner aus dem abgeſchloſſenen Kontrakte machen will?

Indeſſen möchte dieſes Bedenken doch wohl unſtichhaltig ſein. Haben die Römer keinen Anſtoß daran genommen, Denjenigen als negotiorum gestor zu betrachten, der mit einem als unvollkommener Stellvertreter auftretenden neg. gestor kontrahirte, ſo dürfen wir ſolche Betrachtungsweiſe auch in dem Fall anwenden, wenn, wie heute, der Vertrag mit einem als vollkommener Stellvertreter[440]) auftretenden neg. gestor geſchloſſen wird. Denn der Einwurf, daß der Mitkontrahent des neg. gestor blos in ſeinem eignen Intereſſe kontrahire, konnte ebenſo füglich nach römiſchem Rechte gemacht werden. Haben ſich alſo die Römer über dieſes Bedenken hinweggeſetzt, alſo ſich hier mit dem Bewußtſein des Mitkontrahenten, daß er (auch) in fremdem Intereſſe handle, begnügt, ſo dürfen wir ihnen hierin folgen. Desgleichen dürfen wir mit ihnen das Bedenken unterdrücken, ob Jemand als neg. gestor Deſſen betrachtet werden könne, Den er zu ſeinem Kontraktsſchuldner zu machen gedenkt; denn auch die actio quasi institoria war der Ausdruck

---

[440]) Der alſo von den Wirkungen des abgeſchloſſenen Kontrakts gar nicht berührt werden möchte, ſondern höchſtens in ſekundärer Weiſe (ſ. o. § 20) haftet.

einer kontraktlichen Haftung, und doch nahmen die Römer keinen Anſtand, Den, der ſolche Klage gegen den Vertretenen zu erwerben gedachte, als Deſſen negotiorum gestor anzuſehen. —

Im Falle der Ratihabition iſt die actio neg. gest. contr. natürlich ohne praktiſchen Werth, da die Kontraktsklage den Dritten vollſtändig deckt. Im Falle ausbleibender Ratihabition dagegen iſt die praktiſche Bedeutung der erſteren Klage einleuchtend, und eben darum verdient ſie, wenn irgend zu rechtfertigen, auch heute angewendet zu werden.

Druckfehler.

S. 26, Anm. 31, Z. 5 v. o. iſt nach impubes die Klammer zu ſchließen.

S. 41 Z. 1 v. o. iſt ſtatt den zu leſen: dem.

S. 57 Z. 1 v. o. iſt ſtatt 28 zu leſen: 18.

S. 148 Z. 13 v. o. iſt ſtatt 387 zu leſen: 397.

S. 202 Z. 21 v. o. iſt nach ? zu ſetzen: "

S. 271 Z. 6 v. o. iſt nach unverſöhnbare ein Gedankenſtrich zu ſetzen.

S. 284 Z. 24 v. o. iſt hinter Vertrag ein Komma zu ſetzen.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Vorrede 3

Erster Abschnitt.

Allgemeine Erörterung.

I. Die Stellvertretung.

§ 1. Allgemeine Untersuchung des Stellvertretungsbegriffes 7
§ 2. Insbesondere von dem Verhältnisse der Stellvertretung zu den Verträgen zu Gunsten Dritter 50
§ 3. Definition der Stellvertretung — Die Vollmacht 86
§ 4. Die positive Zulässigkeit der Stellvertretung 90

II. Die negotiorum gestio.

§ 5 128

III. Die stellvertretende negotiorum gestio.

§ 6 136

Zweiter Abschnitt.

Stellvertretende negotiorum gestio mit dem Bedürfniß der Ratihabition.

§ 7. Einleitung 138

Erstes Kapitel.

Allgemeine Erfordernisse der Ratihabition.

§ 8. Im Allgemeinen 156
§ 9. Insbesondere von der Zulässigkeit der theilweisen Ratihabition . . 167

Seite

Zweites Kapitel.

Die Wirkungen der Ratihabition.

I. Im Allgemeinen.

§ 10. 187

II. Insbesondere die rückwirkende Kraft der Ratihabition.

§ 11. Einleitung: Begriff der Rückwirkung; logische Möglichkeit und positives Vorkommen der Rückwirkung 192
§ 12. Die Rückwirkung der Ratihabition 211

Drittes Kapitel.

Einfluß von Zwischenfällen auf die Möglichkeit gültiger Ratihabition.

§ 13. Einleitung 231
§ 14. Tod 232
§ 15. Verlust der Handlungs- oder der selbstständigen Wirkungsfähigkeit 240
§ 16. Verlust der konkreten Dispositionsbefugniß 245
§ 17. Insbesondere von dem Verlust durch Verjährung 256
§ 18. Fortsetzung: eine Hypothese 265
§ 19. Rücktritt 276

Viertes Kapitel.

Die Folgen der Versagung resp. des Ausbleibens der Ratihabition.

§ 20. 286

Dritter Abschnitt.

Stellvertretende negotiorum gestio ohne das Bedürfniß der Ratihabition.

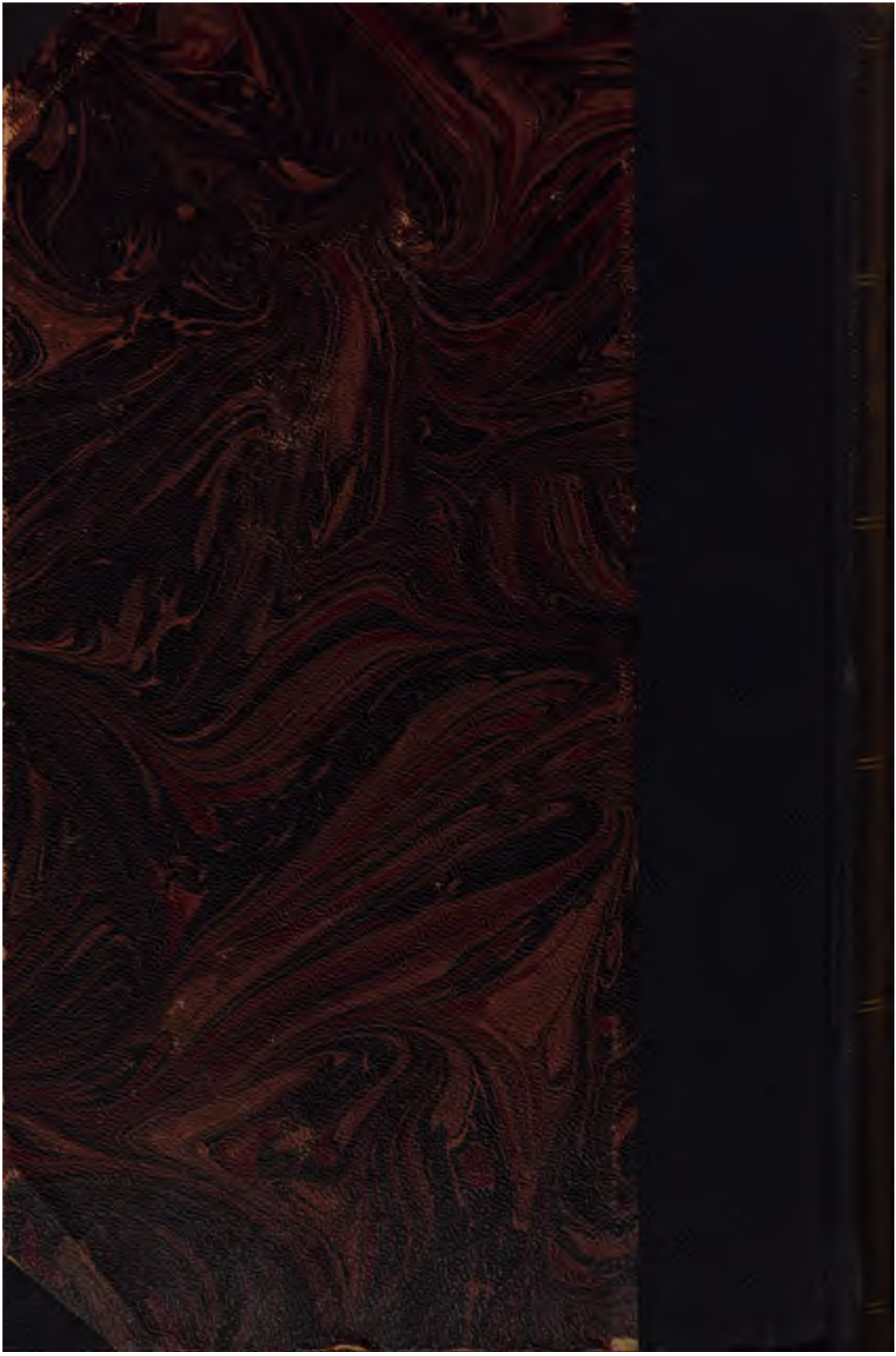
§ 21. Hingabe auf fremden Namen 301
§ 22. Pfandrechtserwerb 310
§ 23. Die s. g. utilis actio de in rem verso 317

Druckfehler 326

Straßburg, Buchdruckerei von R. Schultz u. Comp.

Nachtrag zum Druckfehlerverzeichniß.

S. 176 Z. 21 v. o. ist statt (gewaltbevollmächtigten) zu lesen : (generalbevollmächtigten).

S. 182, Anm. 231 ist Z. 7 statt guidizio zu lesen : giudizio; in derselben Anmerkung Z. 12 statt guire-consulto : giureconsulto.

BIBLIOTHECA BODLEIANA